UNIVERSITÉ DE LAUSANNE — FACULTÉ DE DROIT

L'INTÉRÊT NÉGATIF, SA NATURE ET SON ÉTENDUE

THÈSE

de licence et de doctorat
présentée à la Faculté de droit de l'Université de Lausanne

par

Jean ANEX
Licencié en droit

1976

Imprimerie Vaudoise
Lausanne
1977

L'INTÉRÊT NÉGATIF, SA NATURE ET SON ÉTENDUE

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546809_0029

UNIVERSITÉ DE LAUSANNE — FACULTÉ DE DROIT

L'INTÉRÊT NÉGATIF, SA NATURE ET SON ÉTENDUE

THÈSE

de licence et de doctorat
présentée à la Faculté de droit de l'Université de Lausanne

par

Jean ANEX
Licencié en droit

Imprimerie Vaudoise
Lausanne
1977

IMPRIMATUR

Le Conseil de la Faculté de droit, sans se prononcer sur les opinions de l'auteur, autorise l'impression de la thèse de M. Jean ANEX, candidat à la licence et au doctorat en droit, intitulée : « L'intérêt négatif, sa nature et son étendue ».

Lausanne, le 9 juin 1976.

Le doyen : *J. Gauthier.*

UNIV. LEIDEN BIBL.

A mes parents

Nous prions M. le Professeur François Gilliard de bien vouloir trouver ici l'expression de notre très profonde reconnaissance pour l'attention constante et bienveillante qu'il a consacrée à notre travail.

ABRÉVIATIONS

Abt.	Abteilung
aCO	Code fédéral des obligations du 14 juin 1881
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
al.	alinéa
art.	article
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Der Betriebsberater
Bd	Band
BGB	(Deutsches) Bürgerliches Gesetzbuch
BGB-RGRK	Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, hrsg. von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, 11e édition, Berlin 1959 ss
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des (deutschen) Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
c.	considérant
ch.	chiffre
cf.	confer
CCS	Code civil suisse du 10 décembre 1907
chap.	chapitre
CO	Code fédéral des obligations du 30 mars 1911
DB	Der Betrieb
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
éd.	édition
Gruchots Beiträge	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot
hrsg.	herausgegeben
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
i. f.	in fine
JdT	Journal des tribunaux
Jherings Jb.	Jherings Jahrbücher der Dogmatik des bürgerlichen Rechts

JR	Juristische Rundschau
JUS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
LCR	Loi fédérale sur la circulation routière du 19 décembre 1958
LM	Das Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, hrsg. von Lindenmaier und Möhring
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
N	note
No	numéro
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Oberlandesgericht
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen
op. cit.	opus citatum
p.	page(s)
Praxis	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts
Rabels Zeitschrift	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Recht	Das Recht
rés.	résumé
Rev. trim.	Revue trimestrielle de droit civil
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RO	Arrêts du Tribunal fédéral, Recueil officiel
RVJ	Revue valaisanne de jurisprudence
s.	et suivant(e)
SJ	La Semaine judiciaire
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
spéc.	spécialement
ss	et suivant(e)s
TC	Tribunal cantonal
TDS	Traité de droit suisse
TF	Tribunal fédéral suisse
VersR	Versicherungsrecht
vol.	volume
Vorbem.	Vorbemerkung(en)
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZPO	Deutsche Zivilprozessordnung
ZR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht

INTRODUCTION

Le père de la matière, Rudolf von Jhering, a défini l'intérêt négatif comme « un intérêt à la non-conclusion du contrat », par opposition à l'intérêt au maintien et à l'exécution de la convention [1]. Von Tuhr s'en tint à cette conception, quelque soixante ans plus tard : « L'intérêt négatif est le dommage que quelqu'un subit du fait de la conclusion d'un contrat, c'est-à-dire le préjudice qu'il n'aurait pas éprouvé si le contrat n'avait pas été conclu. » [2] La jurisprudence va dans le même sens, ainsi que le montre un arrêt récent de la Cour de justice civile genevoise cité à titre d'exemple : l'intérêt négatif s'entend de « l'intérêt du créancier à ne pas avoir conclu de contrat et à ne pas s'être fié à sa validité » [3].

La terminologie est bien ancrée dans les esprits et les juristes parlent tour à tour d'intérêt négatif ou de *Vertrauensschaden* pour exprimer l'idée que le préjudice « résulte de ce qu'on a éveillé et trompé une confiance justifiée en l'efficacité du contrat, ou dans le fait que celui-ci est venu ou va venir à chef » [4]. Sans vouloir jouer sur les mots, on peut dire que le dommage né de la confiance a suscité passablement de méfiance chez les hommes de loi. L'intérêt négatif était à peine lancé dans le monde des créations juridiques qu'il fut aussitôt l'objet des attaques les plus violentes. Bähr et ses suiveurs s'en prirent à la difficulté prétendument insurmontable de la preuve : comment établir avec certitude ce qui aurait été si ce qui est n'avait pas été [5] ? Kohler qualifia l'enfant de Jhering de nid à procès [6] et Regelsberger compara les dommages-intérêts du § 122 BGB à un emplâtre sur une jambe de

[1] JHERING, p. 16.

[2] VON TUHR-THILO, § 12 IV 2 p. 71 ; VON TUHR-PETER, § 12 IV 2 p. 86.

[3] SJ 1976 p. 17, spéc. p. 25 s.

[4] KELLER, p. 10 ; CUENDET, p. 65.

[5] BÄHR, p. 422 s. ; VON BÜREN, p. 81, 82, 210, 211.

[6] KOHLER, p. 227.

bois [7]. Roubier parla du « lourd boulet de l'intérêt négatif » [8], Simonius le jugea inutile et pédantesque [9]. Haeusler remarqua avec dédain que la doctrine de l'intérêt négatif était déjà en train de décliner en 1911 [10], date à laquelle le législateur helvétique, soit dit en passant, donna à ce concept un champ d'application nouveau en votant l'actuel article 109 CO !

Ces quelques remarques devraient suffire à montrer que l'intérêt négatif a eu la vie dure. L'intérêt négatif a été maltraité, il est un mal aimé. Avec un humour peut-être involontaire, certains auteurs l'ont baptisé *Klarheitsinteresse* [11], sans doute pour mettre en évidence l'intérêt des négociateurs à ce que la lumière soit faite sur toutes les circonstances susceptibles d'influer sur le déroulement et l'issue des pourparlers. Cette dernière appellation évoque assez bien le fil conducteur de notre étude : nous nous proposons de montrer en quoi consiste l'intérêt négatif, ce qu'il représente et de quoi il peut être composé. L'hostilité radicale et ouverte qui lui est régulièrement manifestée nous a incité à examiner, dans un premier chapitre, le contexte initial et traditionnel de l'intérêt négatif, soit la responsabilité fondée sur la *culpa in contrahendo :* quelle est la nature de cette responsabilité, quelles sont ses modalités, quelles sont enfin ses limites ? Dans un second chapitre, nous entendons analyser le lien entre l'intérêt négatif et la responsabilité précontractuelle, puis montrer quelques conséquences de la séparation totale qu'il y a lieu d'opérer, selon nous, entre les deux pôles opposés des intérêts positif et négatif. Nous montrerons dans le troisième chapitre que l'intérêt négatif ne se limite pas à la *culpa in contrahendo,* ainsi qu'en témoigne l'article 109 CO ; nous rappellerons certains principes du droit de la responsabilité civile et examinerons quelques difficultés que le juge peut rencontrer dans le calcul du dommage en général et de l'intérêt négatif en particulier. Dans le quatrième chapitre, nous nous proposons de passer en revue les composantes les plus importantes et à nos yeux les plus intéressantes de l'intérêt négatif, afin de présenter l'aspect pratique de cette institution à la fois décriée et méconnue. Ce sera pour nous l'occasion de défendre, à l'aide de quelques exemples, l'utilité et l'opportunité de la création de Jhering, eu égard aux lacunes laissées par les institutions voisines de l'intérêt négatif. Nous montrerons dans cette même partie que l'intérêt négatif n'échappe pas à l'évolution du droit de la responsabilité et doit être adapté aux exigences de notre époque, notamment en ce qui concerne la perte de l'usage d'une chose.

[7] REGELSBERGER, p. 291.

[8] ROUBIER, p. 266.

[9] SIMONIUS, *Du principe de la confiance,* SJ 1949 p. 210 et 222.

[10] HAEUSLER, p. 160.

[11] LEONHARD, p. 40 et 60 ; SCHENK, p. 1 ; WEINBERG, p. 25.

CHAPITRE PREMIER

LA RESPONSABILITÉ PRÉCONTRACTUELLE

§ 1. DÉVELOPPEMENT DE LA CULPA IN CONTRAHENDO

I. Des origines à la consécration législative

Il faut admettre avec Medicus [1] que la notion d'intérêt négatif a été inventée et développée par Jhering, dans sa publication célèbre relative à la *culpa in contrahendo* [2], même si l'idée avait été pressentie auparavant par Savigny et Mommsen notamment [3]. Dans l'optique de Jhering, intérêt négatif et *culpa in contrahendo* ne sont en définitive que les deux faces d'une seule et même règle, soit la responsabilité encourue en cas de contrats nuls ou non venus à chef [4]. Jhering donne lui-même un résumé de sa théorie [5] : « La *diligentia* contractuelle est requise dans les rapports contractuels en voie de formation aussi bien que dans les rapports établis. L'inobservation de cette *diligentia* donne lieu, dans l'un comme dans l'autre cas, à l'action contractuelle en dommages-intérêts. » L'objet de l'action en responsabilité consiste précisément en ce que Jhering appelle « intérêt négatif » [6] et qu'il définit comme « l'intérêt à la non-conclusion du contrat . . . soit ce qu'il (créancier) aurait eu si le fait extérieur de la conclusion du contrat n'avait point existé » [7].

La publication de Jhering eut un écho retentissant et durable, puisque aussi bien le CO [8] que le BGB [9] renferment, actuellement encore, des dispositions qui correspondent à l'expression la plus directe de la théorie de la

[1] MEDICUS, *Id quod interest*, p. 313.

[2] JHERING, p. 1 ss.

[3] MEDICUS, *Id quod interest*, p. 313 ; SCHENK, p. 1.

[4] Cf. le titre de l'article de JHERING.

[5] JHERING, p. 47 s.

[6] JHERING, p. 16.

[7] JHERING, p. 16.

[8] Cf. art. 26 et 39 CO.

[9] Cf. §§ 122, 179/2, 307 BGB.

culpa in contrahendo. L'œuvre de Jhering déclencha une vive polémique qui devait agiter le monde des juristes allemands jusqu'à la parution du BGB, promulgué le 18 août 1896 et entré en vigueur le 1er janvier 1900. Personne ne resta indifférent [10] ; au contraire, chacun se devait de prendre position pour ou contre la création de Jhering, avec de prétendus amendements qui sont, bien souvent, plus sophistiqués qu'originaux. Les nouvelles idées gagnèrent rapidement l'étranger, entraînant dans leur sillage les controverses qu'elles avaient engendrées dans leur pays d'origine [11]. Ces nombreuses prises de positions doctrinales n'ont, pour la plupart, pas atteint la qualité et le niveau juridiques de celle qui les avait déclenchées en 1861. La bataille est restée indécise, pour ne pas dire confuse, et le droit commun n'a pas fourni de solution aux problèmes posés par la *culpa in contrahendo* [12]. Les constructions juridiques apparaissent différentes et divergentes. Tous les artifices ont été imaginés et soutenus sans qu'aucun concept dominant ne parvienne à s'imposer. L'unanimité est loin de s'être réalisée à propos de la délimitation du champ d'application de la *culpa in contrahendo*. Les conditions de la responsabilité ont profondément divisé la doctrine : Jhering et ses partisans subordonnèrent l'obligation du débiteur à l'exigence de la faute [13] alors que les adeptes de Windscheid admirent ce que nous appelons aujourd'hui une responsabilité causale ou objective, c'est-à-dire indépendante de toute faute [14]. Il nous paraît curieux et assez paradoxal de constater qu'un seul résultat a été largement admis et reconnu, à savoir le principe d'une responsabilité fondée sur la nullité des contrats. Malgré sa prétendue vanité, la bataille de la *culpa in contrahendo* a eu tout de même un effet tangible et concret que nous jugeons très positif : elle fraya à la responsabilité pour intérêt négatif le chemin qui devait l'amener à une consécration législative expresse, aussi bien dans le BGB [15] que dans le CO de 1911 [16]. Un pas important fut ainsi franchi, même si de très nombreuses questions sont restées ouvertes et le sont encore, ainsi celle de la nature juridique de la responsabilité, que les auteurs du BGB ont délibérément abandonnée à la doctrine et à la jurisprudence [17].

L'abondante littérature précédant les codifications suisse et allemande a été reprise, résumée et commentée dans la plupart des monographies

[10] Weinberg, p. 19.

[11] Pour la Suisse, cf. les travaux de Marcusen et Melliger ; pour la France, cf. les travaux de Roux, Legros et Saleilles.

[12] Scherrer, p. 7 et 12.

[13] Jhering, p. 32.

[14] Melliger, p. 145 ss, cité par Scherrer, p. 11.

[15] Cf. §§ 122, 179/2, 307 BGB.

[16] Cf. art. 26 et 39 CO.

[17] Hartwieg, p. 336 ; Steinberg, p. 29.

publiées ultérieurement sur des sujets gravitant de plus ou moins près autour de la responsabilité précontractuelle. Nous ne citerons ici que les trois ouvrages suisses de Scherrer [18], Herz [19] et Keller [20]. L'exposé des théories du droit commun, leur analyse et leur critique ne présentent pour nous qu'un intérêt documentaire et historique. Seule une réalité compte et s'impose : la responsabilité précontractuelle existe dans le droit positif codifié [21], bien que certains auteurs allemands [22] refusent ce caractère aux §§ 122 et 179/2 BGB en invoquant une prétendue incompatibilité entre la responsabilité causale et la *culpa in contrahendo*. Il s'agit là d'une querelle de mots parfaitement inutile : chacun sait lire la loi et constate qu'elle pose le principe d'une responsabilité objective, et chacun devrait aussi y reconnaître, sans grand effort d'imagination, une trace indéniable de la théorie de Jhering [23] ! Le problème est le même en Suisse à propos de l'article 39 CO, mais les auteurs contemporains considèrent sans autre, à notre avis fort justement, qu'il s'agit là d'un cas de *culpa in contrahendo* même si la responsabilité est objective [24].

II. Extension du champ d'application de la culpa in contrahendo

A. *Droit suisse*

L'entrée en vigueur du BGB et du CO de 1911 n'a pas mis fin aux querelles et aux difficultés. Bien au contraire. Comme par le passé, l'affrontement eut pour objet le champ d'application de la responsabilité précontractuelle. Nous ne saurions faire ici l'historique de cette évolution, tant doctrinale que jurisprudentielle : elle déborde le cadre de notre étude, qui l'admet comme donnée de départ [25] pour s'attacher à la seule sanction de la *culpa in contrahendo,* dans la mesure où elle coïncide avec l'intérêt négatif. Nous nous bornerons à constater que la casuistique de la responsabilité précontractuelle s'est considérablement accrue et développée au fil des ans, aussi bien en droit suisse qu'en droit allemand, puisque les juristes des deux pays admettent actuellement des formules générales coiffant tous les cas particuliers. Ainsi Piotet [26] veut admettre la responsabilité précontractuelle

[18] Scherrer, p. 6 à 12.

[19] Herz, p. 14 à 16.

[20] Keller, p. 25 à 65.

[21] Cf. art. 26 et 39 CO ; §§ 122, 179/2, 307 BGB.

[22] Soergel-Siebert, N 7 ad § 122 BGB ; Staudinger-Coing, N 18 ad § 179 BGB.

[23] Von Büren, p. 210.

[24] Piotet, *Culpa,* p. 13 ; Schönenberger-Jäggi, N 583 ad art. 1 CO.

[25] Piotet, *Culpa,* p. 121 à 148 ; Keller, p. 110 à 244.

[26] Piotet, *Culpa,* p. 123 ; dans le même sens, Piotet, ZSR 1975 I p. 253.

« chaque fois que la volonté d'une partie de mener des pourparlers ou de préparer ou passer un acte juridique (ou analogue à un acte juridique) est influencée contrairement aux règles de la bonne foi ». Le Tribunal fédéral [27] s'inspire très directement du droit allemand lorsqu'il affirme : « Les pourparlers des parties créent entre elles, dès avant la conclusion du contrat, un rapport juridique qui donne naissance à certaines obligations de diligence, notamment l'obligation pour chaque partie de renseigner, dans une certaine mesure, l'autre partie sur les circonstances qui peuvent avoir une influence sur sa décision de conclure le contrat et de le conclure à certaines conditions. La violation de ces obligations fonde le droit à des dommages-intérêts. Nombre de dispositions légales présupposent déjà l'existence d'un rapport juridique précontractuel (...). Mais l'idée qui est à la base de ces dispositions doit être généralisée si l'on veut assurer les règles de la bonne foi dans les relations d'affaires. Et, à cet égard, une partie répond du chef de la *culpa in contrahendo* non seulement lorsqu'elle a agi astucieusement au cours des pourparlers, mais déjà lorsque son attitude a été de quelque manière fautive, qu'il s'agisse de dol ou de négligence, dans les limites tout au moins de la responsabilité qu'elle encourt sous l'empire du contrat envisagé... » Tout récemment encore [28], le Tribunal fédéral a confirmé son point de vue quant au caractère général des règles précontractuelles [29]. Les définitions jurisprudentielles citées ci-dessus [30] ne sont pas les dernières en date d'une longue pratique uniforme et immuable. Elles ne sont au contraire que l'aboutissement, peut-être provisoire [31], d'une idée qui s'est tout d'abord manifestée dans des cas particuliers d'impossibilité préexistante [32], de vice de forme [33] et d'illicéité [34]. Le développement de la responsabilité précontractuelle a donc progressé lentement et tardivement dans la pratique judiciaire suisse.

B. *Droit allemand*

Le droit allemand subit lui aussi une profonde évolution en matière de responsabilité précontractuelle. Encore incertaines pendant une dizaine d'années [35], doctrine et jurisprudence furent incontestablement influencées par

[27] RO 77 II 135 = SJ 1951 p. 481.

[28] SJ 1975 p. 1 c. 3 (TF).

[29] RO 90 II 449 c. 4 = JdT 1965 I 275 ; ZBJV 1969 p. 454 c. 3 ; ZBGR 1973 p. 26 · SJ 1975 p. 7, spéc. p. 12 ss.

[30] Cf. *supra* chap. I notes 27, 28, 29.

[31] SJ 1975 p. 7.

[32] RO 36 II 193 c. 4 ; RO 40 II 370 c. 4 = JdT 1915 I 290.

[33] RO 49 II 54 = JdT 1923 I 514 ; RO 68 II 229 c. 4 = JdT 1943 I 70.

[34] RO 45 II 548 c. 5 = JdT 1920 I 105 ; SJZ 19 (1922/1923) p. 107 N° 22.

[35] STEINBERG, p. 25 à 30.

l'étude de F. Leonhard parue en 1910 [36] : en dehors des cas expressément réglés par la loi, il n'y a de place pour la *culpa in contrahendo* que dans la mesure où le contrat envisagé vient à chef et se trouve valablement conclu [37]. Siber [38] rejeta la théorie de Leonhard qui lui paraissait beaucoup trop restrictive et insista sur la nécessité de reconnaître la *culpa in contrahendo* même sans la venue à chef du contrat envisagé. Un pas dans ce sens avait déjà été franchi auparavant par le RG dans le fameux *Linoleumfall* [39], où les juges allemands avaient admis la responsabilité nonobstant l'inexistence d'un contrat valablement conclu. L'évolution amorcée fut définitivement consacrée par divers arrêts ultérieurs [40] ainsi que par les travaux de Stoll [41] et de von Tuhr [42]. Ce dernier auteur a su donner, à notre avis, une des analyses les plus pertinentes de la nature et du phénomène de la responsabilité précontractuelle.

De nombreux arrêts furent rendus par le RG à la lumière de ces principes [43]. Le BGH [44] ne resta pas en arrière et, très rapidement, il admit un principe général de responsabilité précontractuelle, créé en marge et complément du droit écrit, fondé sur une obligation légale *(gesetzliches Schuldverhältnis)* et générateur de devoirs de diligence et de bonne foi réciproques entre les parties. Cette règle fut confirmée maintes fois par la jurisprudence [45] ; la doctrine [46] la consacre et reconnaît expressément le fondement *légal* de la responsabilité précontractuelle. Le BGH a fait en 1961 une très large application de ces règles, dans la *Bananenschalenentscheidung* [47], en mettant une responsabilité précontractuelle à la charge du gérant d'un grand magasin où le créancier s'était blessé en glissant sur une peau de banane avant même d'avoir entamé les négociations. Relevons que le résumé précédant cet arrêt [48] mentionne en passant une des plus vieilles conquêtes

[36] Franz Leonhard, *Verschulden beim Vertragsschlusse,* Berlin 1910.

[37] Steinberg, p. 41 s. ; JW 1912 p. 743 N° 5 (RG) ; JW 1915 p. 577 N° 10 (RG).

[38] Planck, p. 192.

[39] RGZ 78 p. 239 ; RGZ 97 p. 336, spéc. p. 339.

[40] RGZ 78 p. 239 ; RGZ 104 p. 265 ; Levy, p. 1313.

[41] Stoll, LZ 1923 p. 532 ss.

[42] Von Tuhr, *Allg. Teil* II/1, p. 486 à 490 ; *idem,* AcP 1923 p. 359 ss.

[43] RGZ 143 p. 219 ; RGZ 151 p. 357 ; JW 1927 p. 1086 N° 4 (RG) ; LZ 1929 p. 1262, spéc. p. 1264 (RG).

[44] BGHZ 6 p. 330, spéc. p. 333 ; NJW 1976 p. 712 (BGH).

[45] VersR 1962 p. 562 (BGH) ; JZ 1964 p. 324 (BAG) ; MDR 1969 p. 641 N° 11 (BGH) ; MDR 1975 p. 1016 (BGH) ; NJW 1976 p. 712 (BGH).

[46] Larenz, MDR 1954 p. 516 ; Erman-Battes, N 107 ad § 276 BGB ; Flume, § 33 8 p. 617 ; Larenz, *Schuldrecht* I, § 9 I 1 p. 93.

[47] NJW 1962 p. 31 (BGH).

[48] NJW 1962 p. 31 (BGH).

allemandes en la matière, soit l'application à la responsabilité précontractuelle des règles contractuelles. Il s'agit là d'une évidence outre-Rhin [49] et la question ne soulève plus aucune discussion en droit allemand positif contemporain [50]. Le BGH vient de confirmer sa jurisprudence dans un arrêt rendu le 28 janvier 1976 [51] dans lequel les juges reprirent pour ainsi dire sans changement l'argumentation qu'ils avaient développée dans la *Bananenschalenentscheidung* de 1961.

§ 2. NATURE JURIDIQUE DE LA RESPONSABILITÉ PRÉCONTRACTUELLE EN DROIT SUISSE

I. La doctrine postérieure à 1963

Ce dernier point nous ramène à l'intérieur de nos frontières pour nous tourner vers un problème typiquement helvétique *de lege lata,* celui de la nature juridique de la responsabilité précontractuelle. L'étude de cette question constitue une des pièces maîtresses de l'ouvrage de Piotet qui affirme lui-même qu'elle est la plus importante à trancher [52]. Les conclusions de l'auteur sont claires : la *culpa in contrahendo* est de nature délictuelle, elle constitue un acte illicite, ni plus ni moins [53]. On pouvait s'attendre à ce que la prise de position énergique de Piotet vînt lever l'incertitude et bouleverser l'équilibre, aussi gênant que parfait, reconnu par le Tribunal fédéral entre les plateaux contractuel et délictuel de la balance [54]. L'issue ne devait laisser aucun doute : Piotet avait compté les forces en présence et constaté une flagrante inégalité en faveur de la thèse délictuelle [55]. Des quatre adversaires principaux retenus, soit Rabel, von Tuhr, Becker et Herz, trois étaient Allemands et vraisemblablement marqués par les idées d'outre-Rhin [56].

[49] BB 1953 p. 956, spéc. p. 957 (BGH) ; NJW 1976 p. 712, spéc. p. 713 (BGH) ; Medicus, JUS 1965 p. 211 ; Nirk, Festschrift Möhring, p. 413 ; Fikentscher, § 20 IV 4 p. 68.

[50] Piotet, *Culpa,* p. 40.

[51] NJW 1976 p. 712 (BGH).

[52] Piotet, *Culpa,* p. 24.

[53] Piotet, *Culpa,* p. 40, 50, 149.

[54] RO 68 II 295 c. 5 = JdT 1943 I 262.

[55] Piotet, *Culpa,* p. 33 et 34, spéc. note 76.

[56] Piotet, *Culpa,* p. 33 s.

Il n'en fut rien et l'attente de l'auteur s'en trouva certainement déçue. Et pour cause ! Depuis 1973, les juristes suisses bénéficient du premier volume de la troisième édition du Commentaire zurichois du droit des obligations dont quelques pages, dues à la plume de Jäggi, traitent des pourparlers précontractuels [57]. Alors que, jamais jusqu'à ce jour, aucun auteur suisse n'avait soutenu une théorie basée sur l'acte juridique uni- ou bilatéral [58], Jäggi [59] admet sans équivoque un rapport de société simple entre les partenaires précontractuels, soit une relation contractuelle dans la plus belle acception du terme selon le texte même de l'article 530 CO ! Chatelain [60] annonce, hélas au conditionnel, une fixation de la jurisprudence dans le sens délictuel et ajoute que cette construction paraît à la mode. Qu'il nous soit permis de soulever ici une toute petite question : où est-elle à la mode ? Engel [61] adopte en 1973 la nature « contractuelle » des devoirs précontractuels, mais il ne précise pas si les pourparlers reposent sur un véritable contrat entre les parties, ni le cas échéant sur quel type de convention, ou s'il s'agit simplement d'une situation particulière exigeant l'application des règles contractuelles, par analogie. Il nous semble toutefois que l'auteur admet implicitement la thèse quasi contractuelle. En 1974, Peter [62] assimile la *culpa in contrahendo* à une violation contractuelle exactement comme le faisait von Tuhr lui-même. Seul Merz [63] reconnaît le fondement délictuel de la *culpa in contrahendo*. Il faut encore mentionner que la responsabilité *sui generis* que Piotet a définie pour le fait d'autrui [64] ne semble pas avoir eu beaucoup de succès jusqu'ici, puisque aussi bien Jäggi [65], Engel [66] que Peter [67] relèvent l'alternative dont les deux termes sont respectivement les articles 55 et 101 CO.

L'ouvrage de Piotet ne paraît donc pas bénéficier de l'adhésion du monde juridique suisse, qui semble se diriger vers une solution plus fragmentée du problème [68]. Cette orientation nouvelle ne satisfait pas du tout Piotet. Le professeur lausannois fait le point en 1975 et attaque violemment la théorie

[57] Schönenberger-Jäggi, N 566 à 596 ad art. 1 CO.

[58] Piotet, *Culpa*, p. 28.

[59] Schönenberger-Jäggi, N 569 ad art. 1 CO.

[60] Chatelain, p. 223.

[61] Engel, p. 505 s.

[62] Von Tuhr - Peter, § 24 VII p. 193.

[63] Merz, ZBJV 1968 p. 491 s. ; Guhl, p. 112.

[64] Piotet, *Culpa*, p. 74 ss.

[65] Schönenberger-Jäggi, N 594 ad art. 1 CO.

[66] Engel, p. 506.

[67] Von Tuhr - Peter, § 24 VII p. 193.

[68] Schönenberger-Jäggi, N 593 à 595 ad art. 1 CO ; Chatelain, p. 223 ; ZBJV 1969 p. 454 c. 3.

dite éclectique de Jäggi [69]. Pour le surplus, l'auteur reprend telles quelles les thèses qu'il avait développées en 1963, mais qui n'ont guère rencontré d'écho favorable jusqu'ici.

II. La jurisprudence postérieure à 1963

Après l'examen de la doctrine qui a suivi la parution de l'ouvrage de Piotet, passons à la jurisprudence. Sans analyser longuement la question, le Tribunal fédéral [70] a mentionné deux fois la nature contractuelle de la responsabilité dérivant des pourparlers. La jurisprudence cantonale n'est pas uniforme. Un arrêt de la Cour d'appel bernoise [71] admet l'application du droit des contrats en général tout en réservant, dans certains cas, celle des règles délictuelles. L'*Obergericht* bâlois [72] semble retenir une responsabilité délictuelle, alors que le Tribunal cantonal fribourgeois [73] relève la controverse et l'état actuel du droit avant d'admettre alternativement l'une ou l'autre solution.

III. Admissibilité de la théorie délictuelle

Nous nous permettrons une seule critique globale : les théories fondant la responsabilité précontractuelle sur un acte juridique, uni- ou bilatéral, doivent être rejetées impitoyablement [74]. Dans la mesure où nous définissons l'acte juridique comme « une manifestation de volonté destinée à créer un effet de droit » [75], nous sommes obligé de constater qu'un tel fondement fait défaut dans la réalité précontractuelle car la volonté de négocier, qui existe bel et bien, n'est toutefois jamais axée ou dirigée vers un effet juridique [76]. Les partenaires précontractuels sont très soucieux de conserver toute leur liberté et veulent précisément ne pas s'obliger [77]. Pour le surplus,

[69] Piotet, ZSR 1975 I p. 253 ss, spéc. p. 258 à 260.

[70] RO 90 II 449 c. 6 = JdT 1965 I 275 ; SJ 1975 p. 1 c. 3 (TF) ; indécis : RO 101 II 266 c. 4 c = rés. JdT 1976 I 187.

[71] ZBJV 1969 p. 454 c. 3.

[72] BJM 1973 p. 155.

[73] ZBGR 1973 p. 26 c. 2.

[74] Piotet, *Culpa*, p. 28.

[75] Engel, p. 105.

[76] Von Tuhr - Peter, § 20 VIII p. 154 ; Cuendet, p. 4.

[77] Von Tuhr - Peter, § 24 VII p. 193 ; SJ 1975 p. 7, spéc. p. 13 s.

nous ne rejetons en bloc ni la théorie délictuelle ni la théorie quasi contractuelle. Les antagonistes ont peut-être tous raison quant aux résultats de principe auxquels ils aboutissent. Une petite précision s'impose pourtant : aucun auteur ni aucun tribunal n'est seul à avoir raison. La vérité ne fait pas l'objet d'un monopole. Et cela tout simplement parce que la notion d'acte illicite n'est pas un concept juridique rigide fixé à tout jamais dans un carcan immuable. En effet, le droit ne connaît pas une ligne de démarcation tirée au cordeau entre les domaines contractuel et délictuel de la responsabilité. On a cherché une définition très large de nos devoirs généraux humains. Selon Lévy, « nous serions obligés de ne pas tromper la confiance nécessaire à l'entretien des relations sociales » [78]. Cette idée n'est au fond rien d'autre que l'application au domaine précontractuel de la règle suprême de la responsabilité, soit l'interdiction de mettre en danger et léser la personne ou les biens d'autrui, elle-même considérée comme une injonction générale de l'ordre juridique [79]. Toute atteinte aux droits d'autrui apparaît à cet égard comme un acte illicite. On pourrait ainsi fort bien concevoir, par exemple, que l'inexécution d'une obligation contractuelle est un cas particulier d'acte illicite [80]... Le pas est aisé à franchir, du moins en théorie, mais le droit suisse ne l'a précisément pas fait [81] puisqu'il consacre la division traditionnelle entre le contrat et le délit [82] : la violation d'un droit contractuel ne répond pas à la définition de l'acte illicite [83]. La situation n'est guère différente en matière précontractuelle et aucune règle de droit ne saurait empêcher *a priori* que la *culpa in contrahendo* soit rangée dans la catégorie des délits civils. Cette idée est tout à fait soutenable, reste à savoir si elle est la plus juste et la plus pertinente...

IV. **Vie de l'obligation : analogie avec une situation contractuelle**

L'analyse de la responsabilité précontractuelle est un objectif que le droit positif permet d'atteindre par plusieurs voies différentes. L'acte illicite est une de ces voies, mais nous ne pensons pas qu'il permette l'approche et la compréhension les plus adéquates de la *culpa in contrahendo*. C'est à von Tuhr [84] que revient, à notre avis, le mérite d'avoir donné du phénomène

[78] ROUBIER, p. 96.

[79] YUNG, Etudes et articles, p. 419 ; OFTINGER I, p. 112 s.

[80] MARTIN, ZSR 1914 p. 92.

[81] CUENDET, p. 19.

[82] PIOTET, *Culpa,* p. 24.

[83] GROSSEN, Festgabe Schönenberger, p. 134.

[84] VON TUHR, *Allg. Teil* II/1, p. 486 à 490 ; *idem,* AcP 1923 p. 359 ss ; JHERING, p. 38 s.

précontractuel la meilleure explication et, dirions-nous, la meilleure idée. L'auteur a saisi avec clarté et précision une situation de fait de la vie quotidienne. Par l'entrée en pourparlers, les parties quittent l'anonymat et cessent d'être étrangères l'une à l'autre. Leur relation est individualisée, personnalisée, parce qu'elles ont voulu ce rapprochement, ou, si l'une d'elles l'a accepté tacitement, elle l'a fait en pleine connaissance de cause. Cet élément volitif nous paraît déterminant pour combattre le reproche que Piotet[85] adresse aux théories quasi contractuelles avant de les rejeter [86]. Piotet affirme que « de nombreux devoirs généraux, dont la violation fonde une responsabilité incontestablement délictuelle, n'existent qu'envers une ou des personnes déterminées » [87]. Ainsi les règles de la circulation routière imposent à l'usager des devoirs généraux ; ceux-ci ne s'actualisent que vis-à-vis des autres usagers qu'il croise ou dépasse tout au long du parcours. Rien de plus juste. Mais nous voyons tout de même, entre l'exemple de la circulation routière et celui des négociations, une différence résidant précisément dans l'élément volitif que nous venons de mentionner. Il est absent dans le premier cas, présent dans le second. Sur la route, l'automobiliste n'a ni le temps ni la possibilité de manifester une volonté différente suivant la personne de l'autre usager de la route. En face de lui se trouve *un autre,* un tiers anonyme, indéterminé et dépersonnalisé ! A l'occasion des pourparlers, la partie choisit son partenaire en raison de ses qualités personnelles. Et si la partie reste passive, elle accepte peut-être n'importe quel cocontractant, par exemple le premier qui vient à sa rencontre, mais elle a le temps et surtout la possibilité de l'accepter ou de le refuser, de le connaître, ne serait-ce que nommément. La distinction nous paraît bien ancrée dans les esprits : chacun admettra qu'on parle des *parties au rapport juridique né des pourparlers* alors que personne ne dira volontiers *les parties à un accident de circulation.* Notre développement repose peut-être sur une différence d'intensité plutôt que de concept. S'il en est un, nous acceptons ce reproche. Mais nous insistons encore une fois sur l'inexistence de toute séparation abrupte entre le contrat et le délit, ce que Saleilles [88] a si bien évoqué en parlant de « la marche progressive vers le concept d'obligation et de lien contractuel », précisément à propos de la responsabilité précontractuelle. Nous donnons dès lors raison à von Tuhr : l'analogie des situations justifie l'apparentement des rapports précontractuels aux relations juridiques découlant d'une convention, malgré l'absence d'un véritable contrat de négociations [89].

[85] Piotet, *Culpa,* p. 42 s.

[86] Piotet, *Culpa,* p. 50.

[87] Piotet, *Culpa,* p. 42 ; *idem,* ZSR 1975 I p. 254 à 258.

[88] Saleilles, p. 706.

[89] Von Tuhr, AcP 1923 p. 360 s.

V. La loi, source du rapport juridique

Quelques précisions s'imposent pourtant : le phénomène précontractuel, c'est-à-dire les négociations précédant la conclusion de la convention, constitue une situation analogue, dans sa physionomie, à celle résultant de la conclusion du contrat, soit à la situation contractuelle proprement dite. Mais cette similitude ne concerne, à notre avis, que l'existence, la vie et le développement des deux types de rapports juridiques envisagés. Leurs naissances ont une origine psychologique et juridique différente. Ce n'est d'ailleurs pas sans raison qu'on parle de situation contractuelle d'une part, quasi contractuelle d'autre part. La première tire son origine du contrat lui-même, soit d'un acte juridique constitué par deux manifestations de volonté réciproques et concordantes portant sur tous les points essentiels [90]. Qu'en est-il de la seconde ?

a) *Absence de vinculum juris*

La responsabilité précontractuelle n'est fondée ni sur un contrat ni sur un acte juridique obligatoire unilatéral [91]. Le contrat [92] nécessite, entre autres conditions, la volonté juridique des contractants, qui n'acquièrent pleinement cette qualité que par leur volonté de s'obliger, sur le plan du droit, à fournir une certaine prestation [93]. Pour qu'il y ait contrat, il faut que les parties entendent entrer dans un *vinculum juris* dont l'obligation juridique contractuelle est la fin. Or cette condition fait précisément défaut en matière de négociations : les obligations strictement et purement précontractuelles, par opposition aux obligations contractuelles futures, objet des pourparlers en question, ne sont ni voulues ni même envisagées comme telles. On s'en aperçoit très bien en se plaçant dans la situation psychologique des parties, qui entendent être et rester libres à ce stade du développement contractuel. L'élément volitif existe bel et bien dans les pourparlers, nous avons essayé d'en relever toute l'importance pour réfuter l'objection de Piotet à l'égard de la théorie quasi contractuelle [94]. Mais il s'agissait là d'une volonté de fait

[90] Cf. art. 1 CO.

[91] PIOTET, *Culpa,* p. 28.

[92] Nous ne mentionnerons désormais que le *contrat,* mais les remarques qui vont suivre valent également pour l'*acte juridique obligatoire unilatéral.*

[93] VON TUHR-PETER, § 20 VIII p. 154 ; SCHÖNENBERGER-JÄGGI, N 22 à 24, 43 et 44 ad art. 1 CO ; CUENDET, p. 4 s.

[94] Cf. *supra* chap. I § 2 IV.

et non pas de la volonté juridique nécessaire à la création du lien de droit dont il est question ici. Nous examinons maintenant la cause juridique des obligations précontractuelles : nous constatons à cet égard l'absence de toute volonté juridique, même si la volonté de fait, psychologique, existe bel et bien puisque les parties sont en pourparlers [94]. Un exemple nous paraît utile pour illustrer la différence fondamentale entre les deux concepts de volonté que nous entendons opposer : le transporteur et le transporté à titre gracieux (auto-stoppeur) ont deux volontés convergentes, soit une seule et même volonté en vertu de laquelle le transporté prend place dans la voiture du transporteur. Il s'agit là d'une volonté extra-juridique, non destinée à déployer des effets de droit, bien qu'elle puisse en produire, notamment en cas de lésions corporelles dues à un accident. La volonté du voyageur qui prend son billet au guichet est en revanche dirigée et axée vers un effet juridique, soit l'acquisition du droit à être transporté. Notons qu'il en est de même de la volonté, concordante, de l'entreprise de chemins de fer : cette dernière s'engage, juridiquement, à transporter le voyageur moyennant rétribution.

b) *Fiction de l'acte juridique*

Le défaut de volonté juridique qui caractérise la phase des pourparlers nous contraint à rejeter l'existence de tout contrat ou acte juridique obligatoire unilatéral à la base des négociations [95]. Une telle base juridique de la responsabilité dérivant des pourparlers serait de surcroît contraire à la réalité. C'est une pure fiction que d'admettre l'existence d'un prétendu engagement de bonne foi générale des deux parties, ou de l'une seule d'entre elles, suivant que l'acte, objet de cette fiction, est bi- ou unilatéral [96]. Les parties ne s'engagent en général à rien, tout simplement parce qu'elles n'y pensent pas [97]. L'important leur semble être de conserver toute leur liberté et de pouvoir, le cas échéant, se désister sans que la moindre conséquence dommageable soit mise à leur charge. Quand par hasard le problème vient à l'esprit des partenaires, c'est pour être tranché aussitôt par le fameux *sans engagement* cher aux futurs contractants qui, dans leur méfiance, préfèrent souvent s'observer longtemps et de loin avant de s'asseoir autour de la table des négociations. L'engagement de bonne foi mutuelle des parties est une fable, un mythe, une légende. Il s'agit au contraire d'obligations qui sont insérées d'autorité, *ex lege,* dans la relation juridique des partenaires.

[95] Von Tuhr, AcP 1923 p. 360.

[96] Piotet, *Culpa,* p. 27.

[97] Roux, p. 54.

c) *L'obligation légale*

Quelle est alors l'origine, le fondement, la cause juridique de la responsabilité dérivant de la *culpa in contrahendo?* Ce ne peut être que la loi elle-même, ainsi que l'a relevé von Tuhr [98]. Cette formulation ne nous satisfait guère car elle est beaucoup trop vague. La qualification légale d'une obligation est souvent illusoire et c'est précisément parce qu'elle veut tout dire et ne dit rien qu'elle ne suscite pas beaucoup d'enthousiasme [99]. On peut dire à la limite que toute obligation est légale. L'acte illicite découle d'une violation d'une injonction de l'ordre juridique, soit de la loi au sens large, et l'inexécution (ou mauvaise exécution) contractuelle viole la règle légale expresse de l'article 97 CO. Il faut toutefois se rendre à l'évidence, reconnaître la division classique des sources d'obligations et accorder à la catégorie légale la place qu'elle mérite dans notre ordre juridique [100], même si elle est résiduelle.

Nous admettons ainsi que la responsabilité précontractuelle est une responsabilité créée par l'ordre juridique, soit une responsabilité légale. Ce qui la distingue de la responsabilité délictuelle des articles 41 et suivants CO, c'est tout d'abord l'existence d'une volonté psychologique de pur fait qui se manifeste à l'occasion de l'entrée en tractations. La situation est différente en matière d'actes illicites, car l'élément volitif n'a normalement pas l'occasion ni le temps de prendre naissance [101]. Les responsabilités précontractuelle et contractuelle se rapprochent par la similitude de leur silhouette et de leur vie juridique, soit la création de rapports étroits et individualisés entre les parties, si bien mis en évidence par von Tuhr. Conséquent avec lui-même, von Tuhr [102] applique les règles contractuelles à la *culpa in contrahendo,* puisqu'il faut bien soumettre cette forme de responsabilité à l'une ou l'autre réglementation. La responsabilité dérivant de la *culpa in contrahendo* nous apparaît donc comme une responsabilité légale dans son fondement juridique et son analogie avec la responsabilité contractuelle, dans sa configuration et sa présentation, lui donne un caractère quasi contractuel.

Encore une fois, la thèse délictuelle ne nous paraît pas fausse. Il nous semble toutefois judicieux de défendre la théorie que nous croyons la plus vraie et que nous venons de développer. Elle cerne l'articulation et la physionomie de la *culpa in contrahendo* en tenant compte de la réalité du phénomène précontractuel tel qu'il se crée et se développe dans la vie de tous

[98] Von Tuhr, *Allg. Teil* II/1, p. 490 ; Steinberg, p. 55 ; Herz, p. 41 note 206 ; Piotet, *Culpa,* p. 53.

[99] Scherrer, p. 19 ; Bovay, p. 30 ; E. Schmidt, *Culpa,* p. 143.

[100] Piotet, *Culpa,* p. 24.

[101] Cf. *supra* chap. I § 2 IV.

[102] Von Tuhr, *Allg. Teil* II/1, p. 486 à 490 ; *idem,* AcP 1923 p. 359.

les jours entre parties, généralement des non-juristes, qui ne veulent pas ou pas encore s'engager, mais sont loin de se considérer comme des étrangers. Elle est plus précise que la thèse délictuelle dans la mesure où cette dernière repose sur une conception très large et très floue de l'acte illicite. Voilà pour la vie de l'obligation. Notre idée des obligations dérivant des pourparlers a surtout l'avantage de donner une explication de l'origine juridique, soit de la cause de la responsabilité, que nous fondons directement sur la loi, même si le qualificatif de *responsabilité légale* doit s'entendre *cum grano salis* [103].

Nous avons développé et précisé notre conception de la responsabilité précontractuelle en partant de l'édifice de von Tuhr. Le grand auteur ne fut assurément pas le seul à développer cette thèse, mais probablement le premier. La meute des suiveurs [104] s'est embarrassée de contradictions inexorables avant de se tourner enfin vers les *Rechtstheorien,* auxquelles von Tuhr avait largement ouvert la voie en fondant la responsabilité sur le droit objectif [105]. Von Tuhr fut sans conteste le plus précis, le plus complet, le plus bref et le plus percutant. Le père de toute la matière, Jhering, avait déjà élaboré un système de haute qualité juridique, mais son développement de la *Zielvertragstheorie* [106] est incompatible avec le droit positif. Même si nous pardonnons volontiers cette erreur au grand pionnier, il paraît en effet impossible, tant en droit suisse qu'en droit allemand, de concevoir qu'une convention non (valablement) conclue ait une incidence juridique contractuelle sur des faits qui précèdent sa conclusion apparente, notamment sur la mesure de la diligence dont les parties doivent faire preuve en élaborant le contrat. La convention ne peut pas avoir un tel effet rétroactif, surtout lorsqu'elle n'est pas valablement passée entre les parties !

Il a fallu attendre le début des années cinquante pour que les solutions doctrinales et jurisprudentielles se stabilisent en Allemagne. Sous l'influence notamment des travaux de Larenz [107] et de Ballerstedt [108], les auteurs allemands admettent aujourd'hui, dans une très large majorité [109], que la responsabilité précontractuelle naît de la violation d'une obligation légale [110], bien que des voix s'élèvent ici ou là contre une terminologie il est vrai assez

[103] Cf. *supra* chap. I note 99.

[104] Pour un rapide survol des constructions imaginées en Allemagne, cf. HILDEBRANDT, p. 50 s. et HERZ, p. 24 s.

[105] HERZ, p. 40 s. ; KREIS, p. 98 ; FROTZ, p. 164.

[106] JHERING, p. 47 s. ; cf. *infra* chap. II § 5 I.

[107] LARENZ, MDR 1954 p. 515 ss.

[108] BALLERSTEDT, p. 501 ss.

[109] CANARIS, *Vertrauenshaftung,* p. 429 ; WOLF, p. 139 s. ; LARENZ, *Allg. Teil,* § 30 III p. 497 ; ERMAN-BATTES, N 107 ad § 276 BGB.

[110] FROTZ, p. 164.

creuse [111]. Le BGH s'est rallié à la doctrine dominante et la jurisprudence uniforme reconnaît aujourd'hui l'existence d'une obligation légale [112].

Notre conception personnelle d'une responsabilité précontractuelle à la fois légale (quant à son origine) et quasi contractuelle (quant à son caractère) [113] se heurte en droit suisse à la position de Piotet notamment. Elle semble en revanche très proche de celle que Yung mentionne, hélas un peu vite, comme correspondant aux souhaits de la doctrine unanime [114]. La jurisprudence helvétique ne s'est, à notre connaissance, que très rarement prononcée *expressis verbis* sur le fondement légal de la responsabilité [115]. Le plus simple et le plus tentant serait de suivre Flume [116], qui fonde la responsabilité précontractuelle en la tenant pour juste... Un tel acte de foi juridique ne fournit évidemment pas une explication très approfondie, mais rien ne nous empêche de l'admettre pour la suite de notre travail, puisque le concept est maintenant analysé et connu !

VI. **Responsabilité pour inexécution**

La grande controverse de la responsabilité précontractuelle en droit suisse ne présente d'intérêt pratique qu'au moment de la détermination des règles juridiques qui lui sont applicables, c'est l'évidence même. Comme l'indique déjà son nom latin, la *culpa in contrahendo* est une faute ou, de façon plus générale, un manquement [117] du débiteur survenant dans la phase de l'élaboration du contrat [118]. C'est une faute [119] dans la conclusion du contrat, dont la conséquence est un état contractuel imparfait [120]. La systématique de la loi distingue la formation des obligations et leurs effets, il n'y a qu'à lire les titres premier et deuxième du CO pour s'en convaincre.

[111] E. Schmidt, *Culpa,* p. 143.

[112] BGHZ 6 p. 330 ; NJW 1976 p. 712 (BGH).

[113] Cf. *supra* chap. I § 2 IV et V c.

[114] Yung, Festgabe Schönenberger, p. 171.

[115] Becker, N 1 ad art. 26 CO ; ZBJV 1923 p. 439 c. 4.

[116] Flume, AcP 1962 p. 63.

[117] Le mot *faute* est trop restrictif puisqu'il existe des cas de responsabilité précontractuelle objective : art. 29/2 et 39/1 CO ; §§ 122 et 307 BGB.

[118] Herz, p. 20 ; Schürmann, p. 240.

[119] Nous employons ici le mot *faute* dans son sens le plus large de *manquement,* peu importe que la responsabilité soit subjective ou objective.

[120] Becker, N 1 ad art. 26 CO, N 5 ad art. 39 CO.

Nous avons précédemment admis [121] que les obligations issues des pourparlers sont légales, dans la mesure où la loi elle-même en constitue le fondement et la cause. Nous entendons par *obligation* aussi bien les devoirs que les parties doivent assumer réciproquement dans leur comportement [122] que la sanction (légale) de la violation des règles (légales) de *bonne conduite* précontractuelle, soit l'action en responsabilité [123]. Les obligations en question n'ont qu'une source, la loi, et leur naissance est unique. Une fois née *ex lege,* l'obligation existe pleinement.

Il nous paraît nécessaire d'insister sur la différence fondamentale entre l'obligation précontractuelle, légale, et l'obligation contractuelle en formation, conventionnelle [124]. Même si la *culpa in contrahendo* est une faute dans la formation du contrat, il ne faut pas assimiler deux obligations dont l'une, précontractuelle, existe déjà alors que l'autre, contractuelle, n'est qu'en devenir. C'est la violation de l'obligation existante, c'est-à-dire des règles de conduite précontractuelle, qui empêche généralement l'obligation en formation, contractuelle, de prendre valablement naissance. Les deux catégories ont évidemment un lien temporel et géographique très étroit, puisque la défaillance et l'inefficacité de l'obligation contractuelle sont dues à la carence manifestée par le débiteur de l'obligation légale. Disons le mot : le débiteur n'a pas *exécuté* (ou a *mal exécuté*) son obligation légale [125] de diligence en n'adoptant pas le comportement que la loi lui imposait sur la base du principe de la bonne foi. Les liens de bonne foi censés unir les partenaires précontractuels méritent, à notre avis, d'être élevés au rang d'une véritable obligation liant un débiteur à un créancier. Le face à face des négociateurs individualise et personnalise leurs relations, les intéressés deviennent parties à un rapport de droit déterminé et très proche d'un lien strictement contractuel. La relation des parties perd son anonymat, les liens se resserrent et les partenaires font véritablement figure d'obligés : ils sont réciproquement tenus de respecter les exigences de la bonne foi de façon beaucoup plus intense et rigoureuse que s'ils étaient étrangers l'un à l'autre. Le principe de la bonne foi cesse d'être l'objet d'un simple devoir universel, une conversion s'opère et la relation juridique entre les négociateurs devient une obligation dans toute l'acception du terme. Ce rapport d'obligation est caractérisé par des devoirs précis que l'ordre juridique impose à une personne déterminée à l'endroit d'une autre, non moins déterminée [126]. C'est

[121] Cf. *supra* chap. I § 2 V.

[122] Von Tuhr-Peter, § 2 IV p. 12.

[123] Von Tuhr-Peter, § 2 VII p. 17 s.

[124] Cette distinction concerne la *source* des deux obligations.

[125] Von Tuhr, *Allg. Teil* II/1, p. 490 ; Stoll, LZ 1923 p. 546 ; Schürmann, p. 240.

[126] Yung, Festgabe Schönenberger, p. 170 s.

ainsi que Yung compte parmi les obligations le devoir d'éviter en sa personne la formation d'un vice du consentement, au même titre que le devoir de ne pas en provoquer chez le partenaire [127]. Cette extension et cette généralisation de la notion d'obligation, dans les rapports précontractuels, devraient nous permettre d'affirmer que la *culpa in contrahendo* constitue moins la transgression d'un devoir universel que l'inexécution d'une obligation proprement dite. L'obligation précontractuelle inexécutée ne doit toutefois pas être confondue avec l'obligation conventionnelle qui ne s'est en principe pas formée, précisément à cause de la *culpa in contrahendo :*

a) L'obligation précontractuelle créée et imposée par la loi s'actualise au moment de l'entrée en pourparlers, soit quand l'obligation générale de bonne foi [128] se concrétise en la personne des partenaires. C'est en effet à ce moment-là que les conditions d'existence de l'obligation précontractuelle sont remplies par les partenaires qui entrent en négociations. Il en va de même sur la route, par exemple : le devoir impératif de circuler à droite s'actualise, pour l'automobiliste, dès qu'il s'engage sur la chaussée.

b) L'obligation contractuelle envisagée ne dépasse pas le stade de projet extra-juridique, puisque sa naissance et sa formation sont précisément entravées et généralement paralysées par l'inexécution de l'obligation légale précontractuelle.

Les remarques qui précèdent sont plus une constatation qu'une invention. Quand il s'agit de décider des règles applicables à la *culpa in contrahendo,* le code lui-même offre une alternative dont l'un des termes est la responsabilité délictuelle des articles 41 et suivants CO, l'autre l'application des règles contractuelles des articles 97 et suivants CO [129]. Comme l'indique le titre du deuxième chapitre du titre II du CO, il s'agit bel et bien des règles traitant de l'*inexécution des obligations.* Il faut relever ici que la doctrine classique et la jurisprudence unanime donnent à l'article 97 CO une interprétation restrictive, puisqu'elles limitent le champ d'application de la dis-

[127] YUNG, Festgabe Schönenberger, p. 171.

[128] Le principe de la bonne foi est considéré comme le fondement des obligations précontractuelles et de la responsabilité qui découle de leur inobservation : PIOTET, *Culpa,* p. 123 ; YUNG, Festgabe Schönenberger, p. 170 s. ; PIOTET, ZSR 1975 I p. 253 ; RO 90 II 449 c. 4 = JdT 1965 I 275 ; SJ 1975 p. 1 c. 3 (TF).

[129] VON TUHR-PETER, § 24 VII p. 193 ; AERNI, p. 77 ; BARTH, p. 14 ; RO 68 II 295 c. 5 = JdT 1943 I 262. JÄGGI a récemment proposé d'appliquer à la *culpa in contrahendo* certaines règles délictuelles et certaines règles contractuelles : SCHÖNENBERGER-JÄGGI, N 593 à 595 ad art. 1 CO. La Cour d'appel bernoise semble s'engager sur la même voie : ZBJV 1969 p. 454 c. 3. PIOTET vient de rejeter énergiquement cette conception éclectique de la responsabilité précontractuelle : PIOTET, ZSR 1975 I p. 258 à 260.

position à la seule responsabilité contractuelle [130] alors que le texte de l'article 97 CO ne parle pas de *violation contractuelle.*

Un argument bien plus décisif encore que celui du texte doit nous convaincre de ce qui précède. Les règles entrant en ligne de compte pour sanctionner la *culpa in contrahendo* n'ont pas trait à la formation de l'obligation, mais plutôt à son exécution, respectivement son inexécution : ce point nous paraît incontestable, malgré la querelle sur leur nature juridique délictuelle ou contractuelle. L'article 55 CO régit les conséquences de la violation du devoir général de l'employeur à l'égard des tiers et l'article 101 CO celles de la mauvaise exécution ou inexécution de l'obligation du fait des auxiliaires, comme le déclare expressément la seconde disposition légale citée. Nos remarques semblent à première vue contredire l'ordonnance du CO, étant donné que l'article 55 CO figure parmi les dispositions du titre premier traitant « de la formation des obligations » (art. 1 à 67 CO). On peut penser, en effet, que les articles 41 et suivants CO se rapportent aux sources de l'obligation délictuelle en ce sens qu'ils créent des chefs de responsabilité, général (art. 41 CO) ou spéciaux (art. 55, 56, 58 CO par exemple). C'est juste, mais il faut compléter : en même temps qu'elles donnent naissance à certains devoirs généraux (de l'employeur, du détenteur d'animal, du propriétaire d'immeuble), les dispositions susmentionnées ont pour but principal de régler les effets juridiques de la violation de ces devoirs généraux, soit l'obligation de réparer le dommage causé. L'obligation de réparer le dommage est la conséquence de l'acte illicite. Le même principe vaut en matière contractuelle, où la violation de la convention a pour résultat la nécessité de réparer le dommage. Nous voyons donc que les articles 41 et suivants CO règlent les effets de l'acte illicite, et les articles 97 et suivants CO ceux de la violation du contrat. Dans les deux cas, il y a inexécution : inexécution des devoirs généraux imposés par les articles 41 et suivants CO d'une part, inexécution de l'obligation découlant du contrat d'autre part [131]. Voilà pourquoi nous affirmons que l'article 55 CO traite également de l'inexécution. De même le problème de la prescription ne se pose que pour une obligation exigible (art. 130 CO). Qui dit exigible dit évidemment existante, donc déjà née. Les règles sur la prescription, l'article 127 CO en matière contractuelle et l'article 60 CO en matière délictuelle, sont intimement liées à l'exécution des obligations, et non à leur formation : leur but est de mettre un terme à la possibilité offerte par le droit au créancier d'agir contre son débiteur par voie judiciaire pour lui réclamer l'exécution ou des dommages-intérêts correspondants.

[130] Von Tuhr-Escher, § 68 I note 2 a p. 94 ; Jäggi, Festgabe Schönenberger, p. 181 s. ; RO 90 II 86 c. 2 = JdT 1964 I 560.

[131] Cuendet, p. 167 s., spéc. note 1116.

Nous pensons toutefois qu'il est judicieux de maintenir la conception traditionnelle selon laquelle la *culpa in contrahendo* est considérée comme une faute dans la formation du contrat. Elle correspond en effet à une vue parfaitement réaliste de la situation juridique : il existe d'une part une faute antérieure à la conclusion du contrat, d'où résulte un vice affectant la validité de la convention qui ne peut plus, dès lors, déployer les effets normaux de tout contrat, soit une bonne et fidèle exécution. Il existe d'autre part une faute contractuelle, *post-contractuelle* dans le sens où elle surgit après la conclusion d'un contrat valable : c'est l'inexécution de la convention qui n'affecte en rien la validité de l'accord des parties, dont seule la réalisation (soit l'exécution) est entravée, retardée ou paralysée.

VII. **Application des règles contractuelles**

L'analyse qui précède nous a montré deux choses :

1. Les responsabilités précontractuelle et contractuelle surviennent à des moments différents dans la vie du contrat, mais il existe entre elles certaines ressemblances assez marquées qui apparaissent surtout dans l'allure générale et dans la silhouette de la relation qui s'établit entre le créancier et le débiteur.
2. La responsabilité contractuelle classique de l'article 97 CO est caractérisée par l'inexécution de la convention. La responsabilité précontractuelle, fondée directement sur la loi, est caractérisée par l'inexécution d'une obligation légale [132]. Les deux formes de responsabilité se rejoignent pourtant sur un point : elles reposent toutes deux sur l'inexécution d'une obligation existante.

Ce résultat nous permet d'affirmer maintenant ce qui est resté implicite jusqu'ici, mais qui découle très logiquement de notre conception de la *culpa in contrahendo* considérée comme une responsabilité légale, quasi contractuelle et fondée sur l'inexécution : *la responsabilité précontractuelle est soumise à la réglementation des articles 97 et suivants CO, par analogie,* pour autant que la loi n'en dispose pas autrement. Nous adoptons donc la thèse quasi contractuelle consacrée encore très récemment par la doctrine, soit Engel [133] en 1973 et Peter [134] en 1974.

[132] Von Tuhr, *Allg. Teil* II/1, p. 490.

[133] Engel, p. 236 et 505 s.

[134] Von Tuhr-Peter, § 24 VII p. 193.

L'application directe des articles 97 et suivants CO à la *culpa in contrahendo* nous paraît possible dans la mesure où l'on admet que ces dispositions légales se rapportent en réalité à l'inexécution de toutes les obligations, qu'elles soient contractuelles ou légales. Yung est, à notre connaissance, le premier partisan d'une interprétation élargie des articles 97 et suivants CO : il invoque le texte même de la loi (le code ne contient aucune mention du contrat, sauf aux articles 107 à 109 CO) et un argument tiré de l'ordonnance de la loi (les articles 97 et suivants CO font partie du titre deuxième qui est consacré à l'effet des obligations en général) [135]. Le professeur genevois a été suivi en 1973 par Engel [136] et en 1974 par Escher [137]. Ce dernier relève que les articles 97 et suivants CO doivent en principe s'appliquer aux obligations en général, sauf si les règles de la responsabilité délictuelle et de l'enrichissement illégitime contiennent des dispositions spéciales ; dans ce cas, celles-ci demeurent évidemment réservées.

L'idée de Yung nous paraît aussi séduisante que simple ! Son auteur expose avec pertinence que les devoirs généraux, imposés par l'ordre juridique à des personnes indéterminées vis-à-vis de bénéficiaires indéterminés, ne sont pas à proprement parler des rapports de droit liant un débiteur à un créancier. C'est en quelque sorte leur violation qui crée une relation de droit entre le transgresseur et la victime [138]. Il n'en va pas de même en matière d'obligations proprement dites, c'est-à-dire dans les cas où il existe un lien de droit qui unit le créancier au débiteur [139] et qui impose au premier certains devoirs particuliers vis-à-vis du second, lesquels existent juridiquement en cette qualité indépendamment de leur violation par le débiteur. Yung fait donc une différence essentielle entre les devoirs généraux, dont la transgression constitue un acte illicite, et l'inexécution ou exécution imparfaite d'une obligation proprement dite, sanctionnée par les articles 97 et suivants CO [140]. L'auteur examine ensuite les critères d'appréciation qui servent à distinguer le devoir universel et l'obligation [141] : le principal lui paraît être le caractère déterminé des créancier et débiteur de l'obligation, alors que les sujets passifs et les bénéficiaires d'un devoir universel demeurent des personnes indéterminées. La dimension temporelle de la relation, l'analogie marquée avec une obligation contractuelle, enfin l'opportunité et l'efficacité des articles 97 et suivants CO constituent autant de critères subsidiaires pour trancher les cas limites. Yung relève justement que les obligations peuvent tirer leur origine

[135] YUNG, Festgabe Schönenberger p. 167.

[136] ENGEL, p. 475.

[137] VON TUHR-ESCHER, § 68 I note 2 a p. 94.

[138] YUNG, Festgabe Schönenberger, p. 165 s.

[139] YUNG, Festgabe Schönenberger, p. 163.

[140] YUNG, Festgabe Schönenberger, p. 164.

[141] YUNG, Festgabe Schönenberger, p. 169 s.

aussi bien du droit objectif que d'un acte juridique : elles sont respectivement légales ou conventionnelles [142]. L'auteur aborde enfin la responsabilité précontractuelle dans la perspective des distinctions opérées : les négociations créent entre les partenaires des liens serrés, individualisés et constitutifs d'un véritable rapport d'obligation que l'ordre juridique impose aux parties dès leur entrée en pourparlers, par-delà leur volonté, sans qu'il soit nécessaire de reconnaître au contrat projeté des effets antérieurs à sa conclusion. Le rapport juridique issu des négociations a un caractère légal, il constitue une obligation proprement dite qui lie des parties individualisées et déterminées, et les devoirs précontractuels doivent être soumis aux règles qui gouvernent les conséquences de l'inexécution des obligations, c'est-à-dire aux articles 97 et suivants CO [143].

L'occasion se présente maintenant de rendre justice à la pensée quasi contractuelle suisse. Alors que Piotet [144] ne cite que Rabel, von Tuhr, Becker et Herz parmi les partisans de la théorie quasi contractuelle, nous ne comptons pas moins de huit auteurs [145] qui se sont prononcés pour l'application des règles contractuelles, et cela après 1940 ! Nous réfutons donc la constatation de Piotet et faisons nôtre la remarque de Herz [146] : les théories délictuelles sont celles du passé !

§ 3. CONSÉQUENCES PRATIQUES DE LA THÉORIE QUASI CONTRACTUELLE

I. Remarque préliminaire

Examinons maintenant quelles sont les règles contractuelles applicables et les conséquences pratiques qui en découlent. Nous devons tout d'abord relever que les commentateurs suisses ont étudié singulièrement les règles propres aux responsabilités contractuelle et délictuelle, ainsi les articles 97, 101 et 127 CO d'une part, les articles 41, 55 et 60 CO d'autre part. Une comparaison systématique et générale des responsabilités contractuelle et

[142] YUNG, Festgabe Schönenberger, p. 167.

[143] YUNG, Festgabe Schönenberger, p. 171.

[144] PIOTET, *Culpa,* p. 33 s.

[145] AERNI, p. 77 ; BARTH, p. 14 ; FRANK, p. 109 ; MEIER-HAYOZ, p. 170 ; SIMONIUS, *Die Bedeutung des Vertrauensprinzips,* p. 242 ; HAEUSLER, p. 13 ; KREIS, p. 86 ; SCHWANDER, p. 92 s.

[146] HERZ, p. 26 ; KREIS, p. 61.

délictuelle a été faite par Cuendet en 1970 [147]. En 1963, Piotet étudia tout spécialement les conséquences pratiques de la nature délictuelle de la responsabilité précontractuelle [148]. Reprendre l'ensemble du problème à zéro serait une répétition inutile puisque l'analyse a déjà été faite. Il nous paraît toutefois opportun de revenir sur quelques points particuliers, et ceci principalement pour deux raisons :

— Piotet développe son étude dans le sens délictuel de la *culpa in contrahendo*. Nous admettons en revanche le caractère quasi contractuel de la responsabilité [149] et c'est sous cet angle que nous devons examiner les répercussions juridiques de notre choix.

— Qu'il nous soit permis d'exprimer ici ou là une opinion personnelle, peut-être dissidente.

II. Responsabilité précontractuelle des incapables

Ce problème doit être examiné différemment selon que l'on adopte la théorie délictuelle, la théorie quasi contractuelle ou, enfin, la théorie contractuelle de la *culpa in contrahendo* [150].

A. *Théorie délictuelle*

a) *Personnes ayant le discernement*

La *culpa in contrahendo* est un délit civil dont l'incapable fautif répond selon l'article 19/3 CCS dans la mesure où il a le discernement *(Urteilsfähigkeit),* peu importe que le responsable soit majeur ou mineur, interdit ou non [151].

Un problème se pose à cet égard à propos de la responsabilité objective du *falsus procurator,* selon l'article 39 CO. Relevons tout d'abord que l'incapable doué de discernement peut agir comme représentant direct, soit mani-

[147] Cuendet, p. 163 à 211.

[148] Piotet, *Culpa,* p. 51 à 63.

[149] Cf. *supra* chap. I § 2 IV à VII.

[150] La théorie contractuelle de la *culpa in contrahendo* a été adoptée en Suisse pour la première fois en 1968 par Jäggi : Schönenberger-Jäggi, N 568 et 569 ad art. 1 CO.

[151] Scherrer, p. 78 ; Piotet, *Culpa,* p. 51 s. ; *idem,* ZSR 1975 I p. 260.

fester une volonté et accomplir des actes juridiques pour un tiers [152]. Cette règle s'explique aisément par la nature de la représentation directe, qui dissocie la manifestation et les effets de la volonté : la volonté est celle du représentant, mais elle déploie ses effets dans la personne et le patrimoine du seul représenté. Comme la volonté de l'incapable ne l'oblige pas lui-même au sens de l'article 19/1 CCS, il peut donc agir valablement en qualité de représentant direct d'un tiers. La doctrine dominante admet que la responsabilité du *falsus procurator* incapable est soumise à l'exigence d'une faute [153]. Les auteurs cités justifient leur point de vue par l'analogie des articles 39 CO et 411/2 CCS [154]. Le cheminement de cette pensée ne nous paraît pas irréprochable. En dérogation au système général de la loi, l'article 39 CO institue une responsabilité objective, où l'élément subjectif de la faute n'est précisément pas requis. Pourquoi faudrait-il faire une exception jurisprudentielle à l'exception légale en exigeant que le *falsus procurator* incapable commette une faute alors que le *falsus procurator* capable répond objectivement ? Nous ne voyons aucune raison de faire une distinction selon que le pseudo-représentant est capable ou incapable : il répond objectivement dans les deux cas, indépendamment de la faute qu'il a ou n'a pas commise. Le même système se retrouve d'ailleurs dans les autres hypothèses où la loi institue une responsabilité sans faute : les incapables répondent objectivement de leurs actes illicites selon les articles 55, 56 et 58 CO, 333 et 679 CCS ; Egger précise que leur responsabilité est engagée même s'ils sont privés de discernement [155] ! L'existence de la faute est sans incidence aucune sur le principe de la responsabilité objective, étant bien entendu que la faute commise par le débiteur peut accroître la mesure de sa responsabilité. L'article 39 CO ne nous paraît pas déroger aux règles générales de la responsabilité objective et nous n'entendons personnellement pas soumettre la responsabilité du *falsus procurator* incapable à l'exigence d'une faute.

b) *Incapables privés de discernement, article 18 CCS*

La capacité délictuelle fait défaut à cette catégorie d'incapables qui se trouvent dans l'impossibilité de commettre une faute, donc un acte illicite [156]. Seuls font exception les cas de responsabilité objective [157]. L'article 18 CCS

[152] Egger, N 19 ad art. 19 CCS ; Grossen, TDS II/2, p. 48.

[153] Scherrer, p. 79 ; Egger, N 19 ad art. 19 CCS ; Piotet, *Culpa*, p. 52 ; Grossen, TDS II/2, p. 48.

[154] Cf. *supra* chap. I note 153.

[155] Egger, N 6 ad art. 18 CCS.

[156] Grossen, TDS II/2, p. 50 s.

[157] Egger, N 6 ad art. 18 CCS.

réserve l'article 54 CO et la doctrine dominante admet que cette dernière disposition n'est applicable que si l'acte (ou l'omission) de l'incapable de discernement eût constitué une faute de la part d'un homme capable de discernement [158]. La *culpa in contrahendo* étant un acte illicite fautif, au sens de l'article 41 CO, il paraît alors justifié de lui appliquer l'article 54 CO [159].

La théorie délictuelle de la *culpa in contrahendo* donne donc aux problèmes posés par la responsabilité précontractuelle des incapables une solution logique et satisfaisante qui s'intègre à merveille dans le système général de la réglementation des articles 41 et suivants CO.

B. *Théorie quasi contractuelle*

a) *La doctrine et son erreur*

Il faut admettre la réalité : les partisans de la théorie quasi contractuelle n'ont, jusqu'ici, pas réussi à expliquer la responsabilité précontractuelle des incapables. Les auteurs ne se sont en général pas prononcés sur ce point et, quand ils s'y sont par hasard risqués, ils ont fait fausse route. Ils sont du reste très laconiques. En 1908, Rabel exige la *Geschäftsfähigkeit* comme condition de la responsabilité précontractuelle [160]. Von Tuhr pose la même condition, en 1924, à propos de l'article 39 CO [161]. Engel admet en 1973 que le débiteur n'est responsable précontractuellement que s'il a l'exercice des droits civils (art. 19 CCS) [162]. Herz semble aller dans le même sens lorsqu'il admet que l'article 411 CCS constitue le seul cas de responsabilité précontractuelle frappant les personnes dont la capacité est restreinte [163].

Partisan de la théorie quasi contractuelle [164], nous refusons tout constat d'échec et voulons au contraire montrer qu'il est possible à ladite théorie de fournir une solution, défendable en droit suisse, au problème posé par la responsabilité précontractuelle des incapables. Il faut à cet égard revenir sur l'une de nos premières constatations : la responsabilité dérivant de la *culpa in contrahendo* est une responsabilité légale (fondée directement sur la loi elle-même), analogue à la responsabilité contractuelle (donc quasi contractuelle), elle est enfin une responsabilité pour inexécution des obliga-

[158] Piotet, *Culpa,* p. 52 ; Cuendet, p. 102 ; Engel, p. 322.

[159] Piotet, *Culpa,* p. 52.

[160] Rabel, p. 327.

[161] Von Tuhr-Thilo, § 45 II p. 322.

[162] Engel, p. 506.

[163] Herz, p. 51.

[164] Cf. *supra* chap. I § 2 IV à VII.

tions de bonne foi imposées par la loi aux partenaires précontractuels [165]. Nous avons soumis la responsabilité précontractuelle à la réglementation contractuelle générale des articles 97 et suivants CO [166], relatifs aux conséquences de la violation des obligations conventionnelles selon la doctrine classique.

Responsabilité dérivant de l'inexécution ! C'est précisément ce caractère de la *culpa in contrahendo* qui va nous permettre de sortir de l'impasse où semblent s'être engagés Rabel, von Tuhr et Engel [167]. L'erreur de ces trois auteurs relève de leur raisonnement beaucoup plus que de la théorie quasi contractuelle prise en elle-même. Rabel, von Tuhr et Engel sont hélas beaucoup trop brefs sur ce point, puisqu'ils ne font qu'affirmer l'exigence de la capacité civile (exercice des droits civils). Nous ne pouvons donc qu'émettre des hypothèses sur l'enchaînement de leurs idées. Les trois auteurs considèrent manifestement la *culpa in contrahendo* comme une faute dans la formation et l'élaboration du contrat, ce qui est juste quand on pense au contexte général de la responsabilité précontractuelle [168]. Mais ce n'est que partiellement vrai, et il n'est pas pire erreur qu'une vérité partielle ! En particulier lorsque Rabel, von Tuhr et Engel appliquent l'article 19/1 CCS à la *culpa in contrahendo*. N'oublions pas que la responsabilité précontractuelle naît de la loi, dont elle tire son origine et sa cause, puisque les devoirs précontractuels découlent d'une obligation légale [169]. La règle de l'article 19/1 CCS traite de la *Geschäftsfähigkeit* qui n'est, en définitive, qu'une des composantes de la notion d'exercice des droits civils *(Handlungsfähigkeit)* [170]. La *Geschäftsfähigkeit* de l'article 19/1 CCS est la capacité de s'obliger par contrat (on parle alors de capacité contractuelle ou *Vertragsfähigkeit*) [171] ou par acte juridique unilatéral. L'article 19/1 CCS s'applique donc aux seuls actes juridiques, à l'exclusion des actes matériels de pur fait, même si ces derniers peuvent éventuellement avoir des effets juridiques (actes matériels à effets juridiques, parmi lesquels on trouve notamment les actes illicites réglés par l'article 19/3 CCS). Nous avons admis que la *culpa in contrahendo* ne repose pas sur un acte juridique mais sur la loi [172]. Aussi ne tombe-t-elle pas sous le coup de l'article 19/1 CCS : la responsabilité

[165] Cf. *supra* chap. I § 2 IV à VII.

[166] Cf. *supra* chap. I § 2 VII.

[167] Cf. *supra* chap. I notes 160, 161, 162.

[168] HERZ, p. 20 ; SCHÜRMANN, p. 240 ; PIOTET, *Culpa*, p. 123 ; *idem*, ZSR 1975 I p. 253.

[169] Cf. *supra* chap. I § 2 V c ; VON TUHR, *Allg. Teil* II/1, p. 490 ; BECKER, N 1 ad art. 26 CO.

[170] GROSSEN, TDS II/2, p. 30.

[171] GROSSEN, TDS II/2, p. 30.

[172] Cf. *supra* chap. I § 2 V ; cf. *supra* chap. I note 169.

précontractuelle est régie par les articles 97 et suivants CO [173], qui traitent de l'inexécution, alors que l'article 19/1 CCS vise la création de l'obligation par acte juridique uni- ou bilatéral.

b) *Incapables ayant le discernement*

La responsabilité contractuelle des incapables est régie par les articles 97 et suivants CO auxquels la doctrine applique l'article 19/3 CCS par analogie [174] : le mineur ou interdit capable de discernement engage sa responsabilité contractuelle s'il viole un contrat qu'il avait valablement conclu. Les mêmes règles s'appliquent à la responsabilité précontractuelle. Deux arguments doivent nous le prouver alternativement :

1. L'article 19/3 CCS s'applique par analogie à la responsabilité des articles 97 et suivants CO, eux-mêmes applicables par analogie à la *culpa in contrahendo*. Il en résulte que l'article 19/3 CCS s'applique à la *culpa in contrahendo*. Cette double analogie s'impose avec d'autant plus de force que les obligations légales doivent peser sur l'incapable comme sur tout individu, peut-être encore plus que les obligations délictuelles ou contractuelles.
2. Il nous paraît possible d'éviter le double recours à l'application par analogie : nous avons vu en effet que la doctrine moderne donne une interprétation extensive des articles 97 et suivants CO, de telle sorte que la responsabilité précontractuelle peut tomber directement et en elle-même sous le coup des dispositions légales en question [175]. Il suffit alors d'appliquer l'article 19/3 CCS à la *culpa in contrahendo,* par analogie, exactement comme la doctrine classique le fait pour la responsabilité strictement contractuelle.

Peu importe la voie choisie puisque le résultat est le même : les incapables doués de discernement répondent de leur *culpa in contrahendo*.

c) *Incapables privés de discernement, article 18 CCS*

Nous venons de voir que la violation des devoirs précontractuels engage la responsabilité de l'incapable ayant le discernement selon des principes identiques à ceux qui régissent la violation d'un contrat. L'incapacité de

[173] Cf. *supra* chap. I § 2 VII.

[174] Piotet, *Culpa,* p. 53 note 152 ; Cuendet, p. 175 ; von Tuhr-Escher, § 69 IV p. 116 s.

[175] Cf. *supra* chap. I § 2 VII.

discernement ne soulève aucune difficulté particulière puisque l'article 54 CO s'applique aussi bien en matière contractuelle que délictuelle [176].

d) *Considérations pratiques*

De même que la responsabilité contractuelle de l'incapable présuppose un contrat valablement passé [177], de même la responsabilité de l'article 26 CO exige la capacité civile de l'errant au moment de la conclusion de la convention. En effet, comme la partie incapable ne peut pas valablement s'engager par contrat, selon les articles 18 et 19 CCS, elle n'est pas obligée et n'a donc pas besoin d'invalider l'acte en invoquant une erreur essentielle. Par conséquent, l'article 26 CO n'entre pas en ligne de compte si l'incapacité existe au moment de la conclusion de la convention, qui est ainsi nulle, et le créancier ne pourra ouvrir action que si les conditions de l'article 411/2 CCS sont réalisées.

Article 39 CO : lors de l'étude de la *culpa in contrahendo* des incapables selon la théorie délictuelle, nous avons rejeté l'interprétation de la doctrine dominante qui subordonne la responsabilité du *falsus procurator* à l'existence d'une faute [178]. Les remarques que nous avons faites à cette occasion valent également pour la théorie quasi contractuelle de la *culpa in contrahendo,* étant donné qu'elles ont trait aux conditions d'application de l'article 39 CO plutôt qu'à sa nature juridique, délictuelle, quasi contractuelle ou purement contractuelle.

e) *Remarque finale*

Après avoir relevé l'erreur initiale de Rabel, von Tuhr et Engel [179], nous avons essayé de montrer que la théorie quasi contractuelle est à même de donner une solution juridique et opportune au problème. L'intérêt de cette étude est sa nouveauté, puisque personne ne l'a sérieusement élaborée jusqu'ici, du moins à notre connaissance. Les résultats obtenus sont très proches de ceux de la théorie délictuelle. Ce n'est donc pas sur ce plan que les antagonistes vont s'affronter violemment. Si nous avons réussi dans notre construction, nous avons par là même sorti les partisans des théories quasi contractuelles de « l'embarras manifeste » dont Piotet les voyait prisonniers [180].

[176] Becker, N 58 ad art. 97 CO ; Piotet, *Culpa,* p. 53 note 155 ; Cuendet, p. 142 et 175 ; von Tuhr-Escher, § 69 IV p. 117.

[177] Cuendet, p. 177.

[178] Cf. *supra* chap. I § 3 II A a.

[179] Cf. *supra* chap. I § 3 II B a.

[180] Piotet, *Culpa,* p. 53.

C. *Théorie contractuelle*

La théorie contractuelle de la *culpa in contrahendo* a été curieusement introduite en Suisse par Jäggi en 1968 [181]. L'auteur affirme que les pourparlers reposent sur un contrat de société simple. Jäggi renie paradoxalement l'essence même de la théorie contractuelle lorsqu'il affirme que les parties n'ont pas la volonté de s'obliger et ne s'obligent à rien [182]. Il ne peut pourtant y avoir contrat que s'il y a précisément intention de s'obliger juridiquement, au moins chez l'un des deux partenaires [183]. Quoi qu'il en soit, il faut admettre que le prétendu contrat de société simple ne peut être valable que s'il est passé entre des personnes ayant la capacité civile à part entière. Seules peuvent donc s'engager des personnes majeures, non interdites et non privées de discernement. L'article 54 CO ne saurait entrer en ligne de compte, étant donné qu'il ne s'applique pas à la création d'une obligation par acte juridique au sens de l'article 19/1 CCS. La malheureuse victime du dommage précontractuel est donc dépourvue de moyens juridiques face à un débiteur incapable. Seul l'article 411/2 CCS peut lui venir en aide lorsque ses conditions d'application sont réalisées. Il serait donc juste de dire, selon la théorie contractuelle, que la responsabilité précontractuelle exige l'exercice des droits civils, soit la capacité civile.

III. Preuve de la faute

La doctrine classique [184] oppose habituellement les responsabilités délictuelle et contractuelle : la faute doit être prouvée dans la première [185] alors qu'elle est présumée dans la seconde [186]. Le principe est valable en matière précontractuelle : Herz [187] et Engel [188] veulent imposer au débiteur la preuve libératoire de l'article 97 CO, tandis que Simonius [189] et Keller [190] mettent le fardeau de la preuve à la charge du demandeur.

[181] Schönenberger-Jäggi, N 568 et 569 ad art. 1 CO.

[182] Schönenberger-Jäggi, N 568 et 570 ad art. 1 CO.

[183] Von Tuhr-Peter, § 20 VIII p. 154 ; Cuendet, p. 4.

[184] Piotet, *Culpa,* p. 54.

[185] Becker, N 98 ad art. 41 CO ; Oftinger I, p. 438 et 442 ; von Tuhr-Escher, § 69 V p. 117.

[186] Oser-Schönenberger, N 15 ad art. 97 CO ; Becker, N 96 ad art. 97 CO ; Oftinger I, p. 438 et 442 ; Engel, p. 498.

[187] Herz, p. 62 s.

[188] Engel, p. 506.

[189] Simonius, ZSR 1918 p. 279.

[190] Keller, p. 106.

Les auteurs contemporains critiquent sévèrement la prétendue dichotomie délit-contrat [191] et Cuendet [192] constate que la jurisprudence n'est guère fidèle à la règle classique. Nous ne pouvons qu'approuver la tendance actuelle : la faute est un manquement psychologique que l'individu commet en son for intérieur. Elle ne saurait être prouvée comme telle. Elle se déduit des faits qui, eux, sont susceptibles de preuve. Comme le remarque Cuendet [193], « le demandeur doit toujours prouver les faits qui fondent son droit, le défendeur ceux qu'il invoque pour sa libération ». Chaque partie doit établir les éléments qui lui sont favorables, et c'est au seul juge de qualifier de *fautif* tel ou tel comportement allégué et prouvé, au regard de l'ensemble des circonstances. En matière précontractuelle, il appartient au demandeur de prendre l'initiative et de prouver l'existence des pourparlers, leur déroulement et leur issue. Il lui incombe aussi d'établir le dommage et le lien de causalité. Et c'est tout. Le défendeur peut se dégager en rapportant la preuve de faits complémentaires qui lui sont favorables, ou aussi en prouvant « qu'il a fait tout ce qu'on pouvait attendre de lui » [194].

IV. **Prescription**

Il y a sur ce point une différence indiscutable entre la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle. La loi règle la première à l'article 60 CO et la seconde à l'article 127 CO. Les auteurs suisses ne sont guère favorables à l'application de l'article 127 CO à la responsabilité précontractuelle. Seuls Aerni et Bucher [195] considèrent que la prescription longue est la plus opportune. Scherrer, Keller et Piotet [196] développent logiquement leur conception de base, délictuelle, et font appel à l'article 60 CO. Engel [197] entend appliquer l'article 127 CO pour rester en accord avec la nature (quasi) contractuelle de la *culpa in contrahendo*. Becker [198] enfin rompt avec la logique de la théorie quasi contractuelle, qu'il adopte en principe, lorsqu'il affirme que la prescription décennale est beaucoup trop longue pour les actions en dommages-intérêts.

[191] Piotet, *Culpa,* p. 54 à 56 ; Cuendet, p. 154 à 161, p. 189 à 199.

[192] Cuendet, p. 194.

[193] Cuendet, p. 198.

[194] Cuendet, p. 193 ; Piotet, ZSR 1975 I p. 261.

[195] Aerni, p. 77 ; cf. *infra* chap. I note 204.

[196] Keller, p. 107 ; Piotet, *Culpa,* p. 63 ; *idem,* ZSR 1975 I p. 266 ; Scherrer, p. 77 s.

[197] Engel, p. 506.

[198] Becker, N 1 ad art. 26 CO.

Malgré la faveur quasi générale que rencontre la réglementation délictuelle, l'application de l'article 60 CO à la *culpa in contrahendo* nous paraît contestable. Elle représente d'une part une entorse injustifiée à la théorie quasi contractuelle que nous avons adoptée. Il n'y a en effet pas de raison de soustraire à l'article 127 CO la créance précontractuelle alors que la créance contractuelle est soumise à cette règle *de lege lata*. La similitude des situations exige, à notre avis, un traitement identique. D'autre part, l'article 60 CO est d'une application difficile, tant il est délicat de préciser ce qu'il faut entendre par la *connaissance du dommage* [199]. L'article 130 CO offre à cet égard une solution uniforme plus simple : la prescription de l'action précontractuelle court pratiquement dès la naissance de la créance, étant donné qu'un terme est difficilement concevable en pareille hypothèse. La connaissance du dommage est sans importance pour le point de départ de la prescription [200]. En plus, von Tuhr précise avec pertinence que le délai de l'article 127 CO commence à courir sans que le créancier connaisse l'existence de sa prétention ou son exigibilité [201]. Un exemple illustrera nos remarques :

A conclut avec B un contrat en date du 1er janvier 1975. A se reconnaît victime d'une erreur essentielle le 1er mars 1975, réfléchit quelque temps, se décide à invalider le 1er mai 1975 et le fait savoir à B par lettre le 5 mai 1975. B reçoit la lettre le 7 mai 1975. Quand commence à courir la prescription de la créance qui appartient à B contre A aux termes de l'article 26 CO ? Il faut, à notre avis, considérer que la créance naît le 5 mai 1975 : c'est à ce moment, en effet, que la détermination de A atteint un point de non-retour, puisque la lettre qu'il adresse à B n'est plus dans sa sphère d'influence, dès qu'il l'a glissée dans la boîte aux lettres. La créance de B nous paraît donc née avant même que ce dernier ait connaissance de la décision de A d'invalider le contrat : elle naît le 5 mai 1975 et la prescription sera acquise le 5 mai 1985 à minuit [202]. Ni la connaissance, par A, de sa prétention, c'est-à-dire de l'existence théorique et abstraite de son droit à des dommages-intérêts, ni la connaissance du dommage subi ne sont des conditions d'existence de la créance découlant de l'article 26 CO. Le droit de A peut donc exister à l'insu de son titulaire et, partant, la prescription courir [203].

La détermination exacte du point de départ de la prescription de l'article 127 CO peut soulever quelques difficultés en théorie, nous l'admettons volontiers. L'incertitude n'existe toutefois que dans un intervalle relative-

[199] GILLIARD, p. 233 à 235.

[200] RO 87 II 155 c. 3 a = JdT 1962 I 292 ; RO 100 II 339 c. 2 b = JdT 1975 I 278.

[201] VON TUHR-ESCHER, § 80 IV p. 221 ; CAPITAINE, p. 75.

[202] Cf. art. 132 CO ; RO 81 II 135 = rés. JdT 1956 I 509 ; VON TUHR-ESCHER, § 80 IV p. 221.

[203] RO 98 II 23 c. 6 = JdT 1972 I 541.

ment court, en tout cas bien plus court que celui de l'article 60 CO : quand les parties négocient la conclusion d'un contrat qui ne vient pas à chef, parce que les pourparlers n'aboutissent pas, le lésé éventuel se rend très vite compte de l'existence du droit qui est le sien, soit la prétention à des dommages-intérêts, alors que la *connaissance du dommage* nécessite parfois de longues expertises et des évaluations difficiles. La longueur du délai de l'article 127 CO est de surcroît un remède très pratique : jamais dix ans ne s'écouleront sans que la victime n'ait largement le temps de constater son droit et son dommage avant d'ouvrir action dans les délais contre le débiteur. L'article 127 CO présente donc l'avantage d'une sécurité juridique bien plus grande, sinon parfaite et absolue, puisque la longue période d'incertitude provoquée par l'exigence de la *connaissance du dommage* (art. 60 CO) est remplacée par une marge temporelle bien plus courte au terme de laquelle le doute est en principe levé [204].

Le Tribunal fédéral s'est prononcé tout récemment sur le délai de prescription applicable à l'action en dommages-intérêts précontractuels [205]. Notre haute cour a laissé expressément ouverte la question de la nature délictuelle ou contractuelle de la *culpa in contrahendo,* mais elle a tranché le problème particulier de la prescription en donnant la préférence à la règle de l'article 60 CO. Il est bien évident que le débiteur précontractuel, comme tout débiteur, a intérêt à être exposé le moins longtemps possible à une action en justice ! Est-ce là pourtant une raison suffisante pour faire fi de la règle solidement ancrée à l'article 127 CO ? Nous ne le pensons pas. L'application de l'article 60 CO ne nous paraît pas répondre aux exigences de la sécurité du droit. Bien au contraire ! L'arrêt étend en effet à un domaine nouveau l'extrême difficulté posée par la détermination du point de départ de la prescription annale. Le Tribunal fédéral semble suivre Becker [206] : la prescription décennale est en principe trop longue pour les actions en dommages-intérêts. Quelle que soit l'opinion que l'on puisse avoir à ce sujet, le procédé de notre haute cour nous paraît contestable : les imperfections de la loi doivent être corrigées par la révision de celle-ci et non par une jurisprudence battant en brèche un texte légal clair, net et indiscutable. Nous ne sommes par ailleurs pas du tout sûr qu'il soit possible et juste de séparer les différents éléments de la responsabilité précontractuelle (prescription, preuve de la faute, responsabilité du fait d'autrui, clauses d'exonération) pour appliquer les règles délictuelles aux uns et les règles contractuelles aux autres, contrairement à ce que laisse entrevoir le Tribunal fédéral dans ce dernier arrêt [207].

[204] E. Bucher, *Berner Kommentar, Das Personenrecht,* 2. Abt., *Die natürlichen Personen,* Berne 1976, N 419 ad art. 19 CCS.

[205] RO 101 II 266 c. 4 c = rés. JdT 1976 I 187.

[206] Becker, N 1 ad art. 26 CO.

[207] Piotet, ZSR 1975 I p. 254, 258 à 260.

V. Clauses exclusives ou limitatives de la responsabilité précontractuelle

L'exonération, totale ou partielle, de la responsabilité dérivant de la *culpa in contrahendo* est un problème théorique et abstrait qui nous paraît avoir été mal posé jusqu'ici, en tout cas dans la perspective de la conception quasi contractuelle. Il se distingue fondamentalement d'une autre question délicate, celle de l'application des articles 100 et 101/2-3 CO à la responsabilité délictuelle. Examinons tout d'abord ce dernier point.

a) *Exonération et limitation de la responsabilité délictuelle*

On peut ici admettre deux conceptions différentes :

1. Le contrat est déterminé par la volonté des parties qui choisissent d'un commun accord quelles obligations elles veulent assumer, leur étendue et leurs limites. C'est ainsi que la règle des articles 100 et 101/2-3 CO consacre expressément le principe de la liberté contractuelle en matière des effets de l'inexécution des obligations conventionnelles (dans les limites légales bien sûr). Le délit civil n'est en principe pas voulu par les parties, mais il est directement sanctionné par la loi (art. 41 CO) et l'autonomie de la volonté ne trouve aucune application en matière délictuelle : personne ne peut s'exonérer par avance des conséquences des actes illicites qu'il pourrait commettre dans le futur. Cette conception nous paraît défendable en droit suisse. La Cour d'appel bernoise, confirmée par le Tribunal fédéral, l'a suivie le 24 février 1933 dans un arrêt relatif à de faux renseignements : l'article 100 CO ne s'applique pas à la responsabilité aquilienne [208]. Perrin adopte également cette position lorsqu'il affirme que « la clause d'exonération ne ferait pas obstacle à une action en réparation des conséquences d'un acte, qui serait à la fois l'inexécution d'une obligation et un acte illicite » [209].

2. On peut aussi considérer le problème sous l'angle du concours des responsabilités contractuelle et délictuelle : la clause d'exonération ou de limitation de responsabilité, en cas de violation du contrat, vaut également sur le terrain délictuel, dans la mesure où l'inexécution constitue en même temps un acte illicite, soit dans l'hypothèse du concours. Telle est l'opinion dominante en Suisse [210]. Cette conception paraît assez séduisante de prime

[208] ZBJV 1936 p. 221 c. 3 ; SJZ 31 (1934/1935) p. 186 N° 38 c. 3.

[209] Perrin, SJ 1973 p. 211.

[210] Becker, N 4 Vorbem. zu Art. 41-61 CO ; Oftinger I, p. 416 et 439 s. ; von Tuhr-Escher, § 68 V p. 109.

abord : on voit mal comment le créancier, d'accord sur le principe d'une limitation de responsabilité, pourrait ultérieurement réduire à néant cette clause conventionnelle sans commettre un abus de droit, en reniant en quelque sorte la réglementation contractuelle qu'il a choisie d'un commun accord avec le débiteur et qui doit leur servir de loi à tous deux. Le créancier semble agir contrairement aux règles de la bonne foi lorsqu'il s'accroche à la qualification délictuelle de l'inexécution dans le seul but d'éluder un allégement de responsabilité auquel il a consenti d'avance, précisément pour des hypothèses semblables à celle qui s'est produite. Toutefois, il ne faut pas négliger le manque de logique et le danger que présente la tendance dominante. Imaginons que A et B causent chacun à C un préjudice de même nature, dans des circonstances de fait équivalentes. A est lié à C par un contrat d'entreprise et le dommage survient dans l'exécution de ladite convention. B n'a aucun lien contractuel avec C et engage par conséquent sa seule responsabilité aquilienne. Si la convention passée entre A et C contient une clause d'exonération, la doctrine dominante va autoriser le débiteur A à s'en prévaloir et à se soustraire aux conséquences dommageables de son acte. B ne bénéficie pas de cette clause et se voit astreint à supporter toutes les suites légales de l'acte illicite qu'il a commis. On peut s'étonner de la différence de traitement que la doctrine dominante entend imposer aux deux débiteurs respectifs A et B, étant relevé qu'ils ont tous deux, par hypothèse, commis une même négligence entraînant les mêmes effets dommageables. Cette incohérence nous paraît en contradiction avec le caractère impératif des articles 41 et suivants CO et nous serions personnellement tenté de refuser d'accorder à la clause d'exonération toute portée en matière de responsabilité aquilienne.

b) *Exonération et limitation de la responsabilité précontractuelle*

La limitation ou exonération de responsabilité selon les articles 100 et 101/2-3 CO a trait aux effets de la violation d'une convention existante et valable entre les parties. Le problème se situe au niveau de l'inexécution ou mauvaise exécution du contrat. La faute précontractuelle surgit lors de la formation de la convention, et la responsabilité qui en découle est purement légale quant à son origine. Lorsque nous avons analysé la responsabilité précontractuelle comme dérivant de l'inexécution [211], il s'agissait de l'inexécution de l'obligation légale de bonne foi que les parties se doivent lors des pourparlers, alors que les articles 100 et 101/2-3 CO visent en premier lieu les conséquences de la violation des obligations conventionnelles, c'est-à-dire nées du contrat passé entre les parties. Cette différence entraîne, à notre avis,

[211] Cf. *supra* chap. I § 2 VI.

une conséquence très simple : l'exonération ou limitation de la responsabilité dérivant de l'inexécution du contrat ne s'applique pas à la *culpa in contrahendo* car cette dernière n'a été ni envisagée ni donc exclue ou limitée par les parties. Les clauses contractuelles d'exonération ou de limitation de responsabilité ne rétroagissent pas sur la *culpa in contrahendo*.

Un exemple devrait faciliter la compréhension de cette dissociation des responsabilités contractuelle et précontractuelle : M prend contact avec E dans le but de lui confier la réparation d'une voiture de collection. Le garagiste E entend procéder à un examen du véhicule avant de se déclarer apte et prêt à exécuter le travail. Aussi décide-t-il de garder l'automobile et d'attendre deux jours pour passer le contrat avec le maître M. Les conditions générales de l'entrepreneur E prévoient expressément une exonération de responsabilité du fait des auxiliaires, au sens de l'article 101/2-3 CO. L'employé du garage chargé d'effectuer les premiers contrôles commet une négligence et endommage gravement la voiture confiée, quelques heures seulement après l'entretien entre E et M. Aucun contrat n'est encore conclu. Le garagiste n'encourt donc pas de responsabilité contractuelle à l'égard de M, mais il nous paraît juste que le manque de diligence de l'employé soit mis à la charge du garagiste E et que celui-ci réponde précontractuellement de la faute de son auxiliaire [211 bis]. L'exonération de responsabilité contractuelle prévue dans les conditions générales du garage est à notre avis inopposable au lésé M, pour la seule raison déjà que ce dernier n'a conclu aucun contrat avec le garagiste E. Le régime juridique du contrat envisagé est inapplicable au rapport précontractuel issu des pourparlers entre E et M : la clause d'exonération est inopérante *in casu* et la réglementation légale de l'article 101/1 CO permettra au contraire à la victime d'obtenir du garagiste des dommages-intérêts précontractuels couvrant tout le dommage subi. L'inapplicabilité de la clause limitative va donc amener le juge à allouer à la victime une indemnité précontractuelle supérieure à celle qu'elle aurait obtenue si le contrat avait été conclu mais pas ou mal exécuté.

Nous pensons toutefois que les parties peuvent supprimer ou limiter leur responsabilité précontractuelle en faisant de ce point l'objet d'un accord précis et tout à fait déterminé. On peut imaginer une telle clause, mais les parties ne vont pas fréquemment songer à l'insérer dans leur contrat. Le cas échéant, les articles 100 et 101/2-3 CO s'appliquent par analogie. Palandt-Heinrichs ont effleuré le problème en droit allemand : le § 276 BGB s'applique aux obligations légales [212], mais l'exonération de responsabilité en raison des défauts de la chose vendue ne vaut pas pour la responsabilité précontractuelle [213]. C'est dire que l'exclusion de garantie prévue par le

[211 bis] NJW 1977 p. 376 (BGH).

[212] PALANDT-HEINRICHS, N 1 a ad § 276 BGB ; ERMAN-BATTES, N 86 ad § 276 BGB.

[213] PALANDT-PUTZO, Vorbem. 4 a vor § 459 BGB.

contrat, en cas d'exécution défectueuse, ne concerne pas la *culpa in contrahendo,* soit une obligation légale distincte de l'obligation conventionnelle. C'est donc la dualité et l'individualité propre et distincte des obligations contractuelle et précontractuelle qui interdisent de soumettre sans autre la seconde au régime que les parties ont adopté pour la première. Une limitation ou exonération de responsabilité ne vaut, en matière de *culpa in contrahendo,* que dans la mesure où elle est spécialement prévue à cet effet. C'est certainement très rare et nous n'en connaissons pas d'exemple dans la pratique judiciaire. Une telle clause nous paraît cependant parfaitement concevable, notamment dans l'hypothèse où les pourparlers nécessitent de nombreux et lointains déplacements, des expertises techniques coûteuses, voire des études juridiques et fiscales. Ainsi, lors de négociations visant à la conclusion d'un contrat de vente et d'entreprise pour l'installation d'une usine en terre étrangère, les parties seront bien avisées de ne pas exclure la rupture des pourparlers en précisant d'emblée l'étendue de leur responsabilité quant aux *nutzlos gewordene Aufwendungen* [214].

VI. **Responsabilité précontractuelle du fait d'autrui**

A. *Etat du droit*

La grande majorité des auteurs suisses examine le problème sous l'angle d'un choix entre les articles 55 et 101 CO. Seul Piotet rejette l'application de ces deux dispositions [215] pour leur substituer une réglementation spéciale [216]. La jurisprudence ne s'est à notre connaissance jamais prononcée sur ce point. Un seul arrêt du Tribunal fédéral effleure la question et laisse entendre que la nature contractuelle de la *culpa in contrahendo* aurait pour conséquence l'application de l'article 101 CO [217]. Le droit allemand donne à ce problème une réponse reconnue aujourd'hui par l'unanimité de la doctrine et consacrée par une jurisprudence constante : le débiteur de la *culpa in contrahendo* répond des agissements de ses représentants et auxiliaires sur la base du § 278 BGB [218]. Cette dernière disposition appartient à la

[214] Cf. *infra* chap. IV § 2 II.

[215] Piotet, *Culpa,* p. 68 (art. 55 CO), p. 73 (art. 101 CO).

[216] Piotet, *Culpa,* p. 74 ss ; *idem,* ZSR 1975 I p. 267 à 270.

[217] RO 68 II 295 c. 5 = JdT 1943 I 262.

[218] Erman-Westermann, N 4 ad § 164 BGB ; Erman-Battes, N 119 ad § 276 BGB, N 9 ad § 278 BGB ; Palandt-Heinrichs, N 6 b ff ad § 276 BGB, N 1 ad § 278 BGB, N 3 ad § 164 BGB ; NJW 1976 p. 712 (BGH).

réglementation contractuelle de la responsabilité. Elle correspond à l'article 101 CO et les juristes allemands ont coutume de l'opposer à celle du § 831 BGB tout comme les juristes suisses opposent les articles 55 et 101 CO [219].

Les partisans suisses de la théorie délictuelle classique éprouvent un malaise certain lorsqu'il s'agit d'appliquer l'article 55 CO : Scherrer admet que la preuve libératoire crée une situation inéquitable, mais il se refuse à modifier le droit en vigueur et surtout à abandonner la théorie délictuelle [220]. Oser-Schönenberger [221] et Keller [222] se montrent beaucoup plus pragmatiques : le droit d'invalider le contrat en raison d'une erreur du représentant a pour corollaire l'obligation, pour le représenté qui invalide, de dédommager l'autre partie au titre de l'intérêt négatif même lorsque le représenté n'a commis lui-même aucune faute. Une telle prise de position, si opportune puisse-t-elle être en droit désirable, nous paraît incompatible avec l'actuel article 55 CO, qui réserve expressément la preuve libératoire du débiteur. D'autres auteurs enfin, tels Simonius [223] et von Tuhr [224], évitent la difficulté de l'article 55 CO en abandonnant purement et simplement la théorie délictuelle qu'ils avaient adoptée précédemment. Les partisans de l'application des règles contractuelles saisissent l'excellente occasion que leur donne l'article 55 CO pour affirmer la supériorité de leur théorie, en invoquant la protection accrue que l'article 101 CO accorde au créancier [225].

Nous avons opté pour la thèse quasi contractuelle, qui veut soumettre la *culpa in contrahendo* à la réglementation (contractuelle) générale des articles 97 et suivants CO [226]. Aussi nous paraît-il juste d'appliquer l'article 101 CO à notre matière. L'idée n'est pas nouvelle : les adeptes de la théorie délictuelle l'ont enviée [227], deux d'entre eux ont même *changé de camp* pour l'adopter à part entière [228]. Les partisans de l'application des

[219] Palandt-Thomas, N 2 A ad § 831 BGB.

[220] Scherrer, p. 83 s.

[221] Oser-Schönenberger, N 30 ad art. 32 CO.

[222] Keller, p. 105 s.

[223] Simonius, ZSR 1918 p. 232 et 278 (règles délictuelles) ; *idem, Die Bedeutung des Vertrauensprinzips,* p. 242 (règles contractuelles).

[224] Von Tuhr, ZSR 1897 p. 25 (règles délictuelles) ; pour l'application des règles contractuelles, cf. von Tuhr-Peter, § 24 VII p. 193 ; von Tuhr-Thilo, § 37 VI p. 263 ; *idem,* § 45 II p. 322.

[225] Becker, N 1 ad art. 26 CO ; Aerni, p. 77 ; Bachmann, p. 110 ; Herz, p. 61 ; Kreis, p. 57, 85, 104.

[226] Cf. *supra* chap. I § 2 IV à VII.

[227] Scherrer, p. 84.

[228] Von Tuhr et Simonius, cf. *supra* chap. I notes 223 et 224.

règles contractuelles ont parfois relevé l'opportunité de l'article 101 CO en matière précontractuelle [229]. Parfois, ils ne mentionnent pas la règle, tant elle leur paraît évidente [230]. La doctrine actuelle admet, généralement sans la discuter, l'application de l'article 101 CO à la *culpa in contrahendo* [231]. Le défi que Piotet lance à la théorie quasi contractuelle [232] doit être relevé ! Nous nous proposons donc de montrer que l'article 101 CO est applicable en matière précontractuelle et que la théorie quasi contractuelle ne saurait être tenue en échec sur ce point.

B. *Argumentation positive en faveur de l'article 101 CO*

Lors de notre analyse théorique de la *culpa in contrahendo,* nous avons montré que la responsabilité précontractuelle est légale, quasi contractuelle et qu'elle dérive de l'inexécution [233]. En admettant avec Yung, Engel et Escher [234] que les articles 97 et suivants CO ne visent pas les seules obligations conventionnelles, mais s'appliquent aussi aux obligations légales, notamment, nous devons reconnaître tout naturellement que l'inexécution (ou mauvaise exécution) de l'obligation précontractuelle par un auxiliaire est régie par l'article 101 CO. C'est une voie, très simple, peut-être insolite, qui permet d'appliquer l'article 101 CO à la *culpa in contrahendo*. Si nous nous plaçons dans une perspective plus traditionnelle, nous constatons que la doctrine et la jurisprudence limitent l'application des articles 97 et suivants CO à l'inexécution des obligations contractuelles [235]. Oser-Schönenberger, pourtant très classiques à cet égard, admettent que l'article 101 CO déroge aux articles 97 et suivants CO : contrairement à ceux-ci, celui-là présuppose l'existence d'un rapport d'obligation qui n'est pas nécessairement un contrat, mais peut relever du droit de famille ou de l'enrichissement illégitime par exemple [236]. C'est dire que les deux commentateurs donnent à l'article 101 CO une portée générale puisque la disposition peut englober des rapports d'obligation aussi bien légaux que strictement contractuels.

[229] Cf. *supra* chap. I note 225.

[230] BARTH, p. 14.

[231] SCHÖNENBERGER-JÄGGI, N 594 ad art. 1 CO ; ENGEL, p. 506 ; VON TUHR-PETER, § 24 VII p. 193.

[232] PIOTET, *Culpa,* p. 73.

[233] Cf. *supra* chap. I § 2 IV à VI.

[234] YUNG, Festgabe Schönenberger, p. 167 ; ENGEL, p. 475 ; VON TUHR-ESCHER, § 68 I note 2 a p. 94.

[235] RO 90 II 86 c. 2 = JdT 1964 I 560 ; JÄGGI, Festgabe Schönenberger, p. 181 s. ; VON TUHR-ESCHER, § 68 I note 2 a p. 94.

[236] OSER-SCHÖNENBERGER, N 3 et 4 ad art. 101 CO ; ENGEL, p 501.

Il n'y a désormais aucun obstacle à l'assujettissement de la *culpa in contrahendo* à la réglementation de l'article 101 CO [237]. On peut enfin citer von Tuhr, qui recourt expressément au raisonnement par analogie pour appliquer l'article 101 CO à la responsabilité précontractuelle [238].

Les remarques qui précèdent visent à donner une explication constructive et positive de l'application de l'article 101 CO à la responsabilité précontractuelle. Il nous paraît toutefois nécessaire d'affronter sur son terrain l'adversaire de la théorie quasi contractuelle. Nous nous proposons donc de combattre les objections de Piotet [239] et de fournir ainsi une explication nouvelle de l'application de l'article 101 CO en matière de *culpa in contrahendo*.

C. *Critique des arguments de Piotet*

a) *L'article 101 CO n'est pas inapplicable*

Piotet développe ses objections sur la base d'une affirmation de principe qui lui paraît évidente : l'invalidation et les dommages-intérêts dérivant de la *culpa in contrahendo* sont les deux sanctions parallèles de la responsabilité précontractuelle. Elles ne sont en définitive que les deux faces d'une seule et même règle, elles forment un tout et leur unité exige que leur application soit soumise à des conditions juridiques identiques [240]. Ce point de départ nous semble erroné : l'axiome sur lequel il est fondé n'est pas du tout évident en droit positif suisse. Il nous paraît au contraire reposer sur une confusion malheureuse des effets du vice sur l'accord des volontés d'une part et sur la responsabilité pour le dommage causé d'autre part. L'invalidation résulte de l'absence d'un consentement valable entre les parties, elle sanctionne la règle selon laquelle le contrat exige, pour sa formation, la rencontre de deux volontés libres, concordantes et réciproques. Les dommages-intérêts ont une fonction compensatoire, ils visent à effacer les séquelles dommageables du manquement en principe fautif du débiteur. Volonté et dommage sont deux notions bien distinctes et il paraît normal que leurs conséquences juridiques ne se recoupent pas nécessairement. L'idée de Piotet nous semble de surcroît inapplicable dans les hypothèses, et ce sont les plus nombreuses, où le contrat est inexistant, même en apparence. L'absence de convention rend l'invalidation inutile et superflue alors même qu'une action en dommages-intérêts viendrait corriger un état contractuel imparfait.

[237] *Contra :* Oser-Schönenberger, N 4 ad art. 101 CO.

[238] Von Tuhr-Thilo, § 37 VI p. 263 et § 45 II p. 322.

[239] Piotet, *Culpa,* p. 64 à 73 ; *idem,* ZSR 1975 I p. 261 à 266.

[240] Piotet, *Culpa,* p. 66, 67, 69 note 194, 70, 75, 110 ; *idem,* ZSR 1975 I p. 266 et 269.

La volonté que manifeste le représentant direct reste toujours sa volonté personnelle, quand bien même elle déploie ses effets en la personne et le patrimoine du représenté. Il faut donc se référer à la personne du représentant pour savoir quelle volonté l'ordre juridique prend en considération. Le représenté ne manifeste pas de volonté personnelle, il assume *nomine proprio* les conséquences d'une volonté qui lui est extérieure, soit celle du représentant. On comprend dès lors aisément le principe général du droit suisse : seuls les vices affectant la volonté du représentant vont normalement permettre au représenté d'invalider le contrat [241]. Dans l'hypothèse inverse où le représentant est à l'origine d'un dol, de menaces ou d'une erreur dont l'effet est de vicier la volonté du cocontractant, ce dernier peut s'en prévaloir dans tous les cas à l'égard du représenté pour invalider l'acte [242]. Nous venons d'atteindre ce que nous pouvons appeler *les limites de l'imputabilité des vices du consentement*. Nous constatons que le problème se pose en principe au niveau de l'invalidation de l'acte.

L'autre volet de la sanction, soit les dommages-intérêts précontractuels, n'est pas examiné par la doctrine citée et la jurisprudence fédérale ne fournit aucune indication précise [243]. A notre connaissance, celle-ci ne s'est pas encore prononcée sur *l'imputabilité de la dette précontractuelle* [244]. Nous ne ferons personnellement pas un pas de plus : si nous admettions que les suites dommageables des vices du consentement causés par un représentant ou un auxiliaire devaient être automatiquement attribuées au contractant pour lequel ces derniers agissent, avec, bien sûr, l'obligation de réparer qui en découle, nous reconnaîtrions par là même que la représentation s'applique en matière d'actes illicites, puisque le dol et les menaces sont considérés comme des délits civils [245]. Nous rejetons les deux propositions à la fois, tant il nous paraît évident que le droit suisse refuse d'appliquer les règles de la représentation à la responsabilité aquilienne [246]. L'auteur de l'acte illicite en répond lui-même. Tout au plus la loi renforce-t-elle parfois la protection accordée à la victime, notamment aux articles 55 et 101 CO. Toutefois, il ne s'agit là nullement de représentation puisque l'auteur du

[241] Von Tuhr-Thilo, § 44 II 4 p. 314 s. ; Oser-Schönenberger, N 30 ad art. 32 CO ; Becker, N 14 ad art. 32 CO ; Engel, p. 272 ; cf. § 166/1 BGB.

[242] Von Tuhr-Thilo, § 44 II 5 p. 316 ; Oser-Schönenberger, N 31 ad art. 32 CO ; Becker, N 15 ad art. 32 CO ; Engel, p. 273 ; RO 63 II 77 c. 2 = JdT 1937 I 400 ; RO 81 II 213 c. 2 a = rés. JdT 1956 I 475.

[243] Cf. *supra* chap. I notes 241 et 242.

[244] Cf. *supra* chap. I note 242 ; RO 92 II 328 c. 4 = JdT 1968 I 34 et note de Piotet parue au JdT 1968 I 40.

[245] Piotet, *Culpa*, p. 25 note 41 et p. 110 ; Engel, p. 245 s. ; Oser-Schönenberger, N 31 ad art. 31 CO ; ZBJV 1969 p. 454 c. 3 b ; SJ 1976 p. 17, spéc. p. 25.

[246] Von Tuhr-Thilo, § 41 II p. 286 s.

dommage continue à répondre personnellement de son acte illicite à côté du responsable désigné par les deux dispositions citées. L'article 55 CO remédie à l'absence de représentation en matière délictuelle. Il en va de même à l'article 101 CO pour la responsabilité dérivant de l'inexécution d'une obligation contractuelle, bien que l'idée de représentation pourrait à la rigueur s'appliquer dans le domaine de l'exécution [247]. La théorie de Piotet, qui subordonne l'invalidation et les dommages-intérêts aux mêmes conditions [248], équivaut à une abolition pure et simple des articles 55 et 101 CO : le maître de l'affaire répond systématiquement de la faute de son auxiliaire comme de la sienne propre, sans bénéficier de l'une ou l'autre preuve libératoire prévue par ces deux dispositions [249]. Cette solution draconienne correspond au régime que l'article 55 CCS impose aux personnes morales pour les actes de leurs organes : la société débitrice voit sa responsabilité engagée sans avoir aucune possibilité d'exonération. La proposition de Piotet nous paraît inconciliable avec le droit positif, en matière précontractuelle, malgré les affirmations catégoriques de son auteur. Chacun des contractants peut, à notre avis, se prévaloir de l'invalidité de l'acte en raison d'un vice de la volonté causé par le représentant ou l'auxiliaire de l'autre partie, sans pour autant que les conséquences dommageables qui en résultent soient automatiquement et toujours mises à la charge de l'autre partie. Le partenaire qui invalide le contrat exerce un droit formateur résolutoire : la convention ne l'oblige pas, faute de volonté concordante, et les parties ne sont pas liées. Les dommages-intérêts ont, en plus, une fonction récupératoire et réparatrice : il appartient à l'ordre juridique d'en désigner le créancier et surtout le débiteur. Le droit suisse y pourvoit aux articles 55 et 101 CO pour la responsabilité du fait d'autrui. Il n'y a à nos yeux aucune raison de s'écarter des règles du droit positif, d'autant que l'invalidation et les dommages-intérêts sont deux conséquences distinctes des vices de la volonté. Nous partageons pleinement l'avis d'Engel : « Si R commet un dol à l'égard de B, le contrat est annulable, même si A ignorait le dol, car R n'est pas un tiers. Il se peut que A doive des dommages-intérêts en vertu du CO 55 ou 101. » [250]

Piotet lui-même semble bien admettre qu'une dissociation entre dommages-intérêts et invalidation s'impose en matière d'erreur [251] : le représenté doit accepter que son cocontractant invalide l'acte en raison d'une erreur provoquée par le représentant. Le représenté ne serait toutefois responsable

[247] Von Tuhr-Thilo, § 41 II p. 287 ; Becker, N 12 Vorbem. zu Art. 32-40 CO, N 2 ad art. 101 CO.

[248] Piotet, *Culpa,* p. 66, 67, 69 note 194, 70, 75, 110 ; *idem,* ZSR 1975 I p. 266 et 269.

[249] Piotet, *Culpa,* p. 75, 80, 82, 149 ; *idem,* ZSR 1975 I p. 269 s.

[250] Engel, p. 273.

[251] Piotet, *Culpa,* p. 68.

que dans les limites de l'article 55 CO [252]. La question qui nous vient immédiatement à l'esprit est celle-ci : pourquoi traiter différemment les conséquences dommageables des vices du consentement suivant qu'il s'agit de l'erreur d'une part, du dol, de menaces ou de lésion d'autre part ?

Piotet [253] rejette l'application de l'article 101 CO à la *culpa in contrahendo* parce que, selon lui, les devoirs précontractuels lient le représentant ou l'auxiliaire et pas le représenté ou maître de l'affaire. Nous n'en sommes personnellement pas persuadé. Si nous reprenons l'exemple que Piotet invoque à l'appui de son affirmation, nous admettons volontiers que les règles de la circulation routière s'imposent au conducteur : c'est lui qui dépasse et doit faire preuve de la prudence requise. Ceci nous semble juste. Le nœud du problème n'est pourtant pas là, puisqu'il apparaît au moment de l'attribution du fardeau de la responsabilité : qui doit supporter les conséquences dommageables de l'accident causé par le chauffeur ? La loi sur la circulation routière impose cette charge au détenteur (ou à son assurance !) [254]. La jurisprudence fédérale relève, à ce sujet, que l'article 58/4 LCR est une règle spéciale qui l'emporte sur l'article 55 CO [255]. C'est reconnaître implicitement que l'ordre juridique envisage plusieurs situations, non interchangeables, où une personne répond du fait de ses auxiliaires selon des règles particulières, non interchangeables elles non plus. Ainsi les articles 58/4 LCR, 55 et 101 CO, voire 55 CCS [256]. Quand la loi crée une responsabilité du fait d'autrui, elle nous paraît impérative : la personne désignée comme débitrice répond dans tous les cas, peu importe que les règles de conduite violées s'imposent à elle en personne ou seulement à ses préposés et auxiliaires. Les différentes réglementations légales ont un domaine d'application déterminé où elles règnent souverainement. Il n'y a d'incertitude et de liberté possible que pour la délimitation de la frontière entre les champs d'application des règles légales en question. Doit-on considérer X comme organe de la société ou simplement comme employé ? Doit-on admettre que le lésé est déjà lié au débiteur par un rapport juridique (art. 101 CO) ou que leur face à face ne résulte que de la rencontre, peut-être brutale, née de l'accident (art. 55 CO) ? Faut-il assimiler la *culpa in contrahendo* aux délits civils et lui appliquer les articles 41 et suivants CO ou faut-il se prévaloir de son caractère quasi contractuel pour la soumettre aux règles générales des articles 97 et suivants CO et à l'article 101 CO en particulier ? Voilà jusqu'où va notre liberté et où se situe notre choix. Dès

[252] Simonius, ZSR 1918 p. 278 ; Scherrer, p. 83 s.

[253] Piotet, *Culpa,* p. 68 s. ; *idem,* ZSR 1975 I p. 263 à 265.

[254] Cf. art. 58/4 LCR.

[255] RO 99 II 195 c. 3 = rés. JdT 1974 I 463.

[256] Pour un rapprochement des articles 55 CO et 55 CCS, cf. Egger, N 2 ad art 54/55 CCS.

que la qualification est faite, nous sommes contraint d'appliquer au cas d'espèce les règles impératives de la catégorie juridique à laquelle nous l'avons rattaché.

Les règles de la circulation routière lient assurément le chauffeur ; peu importe, puisque le détenteur répond toujours de leur inobservation par le conducteur. Les règles de bonne foi précontractuelle lient en premier lieu le représenté : c'est lui qui décide ou accepte que des pourparlers soient valablement engagés en son nom et c'est lui qui devient partie au rapport juridique envisagé. Maître de l'affaire, il doit donc veiller à l'application *des règles du jeu précontractuel* aussi bien par lui-même que par les auxiliaires et représentants qu'il peut engager [257]. Le représentant ne reste pourtant pas complètement étranger au rapport précontractuel : tout comme l'organe [258], le conducteur [259] et le travailleur [260], l'auxiliaire répond tout d'abord personnellement et directement de ses actes illicites [261]. La responsabilité du débiteur en raison du fait d'autrui n'évince jamais la responsabilité délictuelle de l'auteur du dommage. La réciproque est vraie et les deux responsabilités existent parallèlement et cumulativement. Il ne faut toutefois pas perdre de vue la règle générale qui domine toute la matière : c'est en principe le représenté ou maître de l'affaire qui répond de la *culpa in contrahendo* commise par le représentant ou l'auxiliaire à l'occasion des pourparlers. Sauf acte illicite commis par le préposé, le principe ne doit souffrir d'exception que dans l'hypothèse où le cocontractant entame les négociations *intuitu personae,* soit essentiellement en raison des qualités personnelles du représentant. Ce dernier accapare et monopolise la confiance du cocontractant, et le représenté reste psychologiquement en dehors du rapport de droit qui s'établit entre le tiers et le représentant, même si lui, représenté, est censé devenir partie au contrat futur ! Cette solution judicieuse a été adoptée par le BGH dans sa jurisprudence la plus récente [262], sous l'impulsion des travaux de Ballerstedt [263] et d'une doctrine aujourd'hui dominante [264]. Les juges allemands admettent donc, en dérogation au prin-

[257] Soergel-Siebert, N 15 Vorbem. vor § 275 BGB ; Flume, § 46 6 p. 797 s. ; Larenz, *Allg. Teil,* § 30 III p. 497 s. ; Jhering, p. 48 à 50 ; NJW 1975 p. 708, spéc. p. 709 (BGH) ; BGHZ 56 p. 81, spéc. p. 83 ; NJW 1974 p. 1505, spéc. p. 1506 (BGH).

[258] Cf. art. 55/3 CCS.

[259] Oftinger II/2, p. 497 et 661.

[260] Cf. art. 55 CO ; Cuendet, p. 180 ; Engel, p. 363.

[261] Cf. art. 101 CO ; Engel, p. 502 ; Oser-Schönenberger, N 13 ad art. 101 CO ; RO 97 II 123 c. 2 a = JdT 1972 I 130.

[262] NJW 1974 p. 1505, spéc. p. 1506 (BGH) ; NJW 1975 p. 642 (BGH) ; NJW 1975 p. 708, spéc. p. 709 (BGH) ; BGHZ 56 p. 81, spéc. p. 83 ; DB 1976 p. 954 (BGH).

[263] Ballerstedt, p. 501 ss.

[264] Erman-Westermann, N 4 et 16 ad § 164 BGB ; Erman-Battes, N 107 ad § 276 BGB ; Palandt-Heinrichs, N 6 b ff ad § 276 BGB ; Flume, § 46 5 p. 796 ; Staudinger-Werner, N 34 ad § 276 BGB ; Soergel-Siebert, N 16 et 17 Vorbem. vor § 275 BGB.

cipe général de la responsabilité primaire du représenté [265], que le représentant puisse engager sa propre responsabilité en raison d'une *culpa in contrahendo.*

Les remarques précédentes nous paraissent valables en Suisse comme en Allemagne. L'article 39 CO donne d'ailleurs un exemple légal de responsabilité précontractuelle touchant une personne qui n'a pas qualité de partie au rapport juridique envisagé. C'est dire que cette forme de responsabilité ne concerne pas seulement le représenté et le cocontractant, bien que ces derniers soient, en principe, ceux que la théorie quasi contractuelle classique entend faire entrer dans le rapport précontractuel. La règle générale comporte donc des exceptions, puisque le code lui-même en prévoit une à l'article 39 CO. La loi n'est pas exhaustive sur ce point, il suffit de penser aux définitions très larges que la doctrine et la jurisprudence donnent de la *culpa in contrahendo* [266]. Les tribunaux doivent par conséquent disposer de la plus grande liberté dans ce domaine. Rien ne s'oppose à ce qu'un représentant soit actionné personnellement en réparation du dommage précontractuel qu'il a causé, par exemple en taisant un motif de nullité prévu à l'article 20 CO. Le juge doit, le cas échéant, condamner le représentant défendeur si tous les éléments de l'*intuitus personae* sont réunis en sa personne, ainsi que nous l'admettons par analogie avec le droit allemand.

En résumé, nous nous rallions à la théorie quasi contractuelle classique, selon laquelle le rapport précontractuel ne lie que les contractants éventuels : la responsabilité précontractuelle dérivant des pourparlers pèse en principe sur la personne du représenté ou du maître de l'affaire ; ceux-ci répondent de leurs auxiliaires sur la base de l'article 101 CO. La responsabilité personnelle du préposé ou du représentant peut cependant être engagée dans des circonstances exceptionnelles, notamment lorsque les liens de confiance réciproque s'établissent exclusivement entre l'auxiliaire et le tiers cocontractant [267].

b) *La preuve libératoire de l'article 101 CO*

Piotet soumet aux mêmes règles et conditions les deux conséquences possibles de la *culpa in contrahendo,* soit l'invalidation de l'acte et l'action en responsabilité précontractuelle [268]. Après avoir constaté que le cocontrac-

[265] Cf. *supra* chap. I note 257.

[266] Cf. *supra* chap. I § 1 II A.

[267] La responsabilité délictuelle de l'auxiliaire ou du préposé demeure réservée dans tous les cas, cf. *supra* chap. I note 261.

[268] Piotet, *Culpa,* p. 66, 67, 69 note 194, 70, 75, 110 ; *idem,* ZSR 1975 I p. 266 et 269.

tant peut en principe invalider un acte vicié par l'auxiliaire ou le représentant de l'autre partie, même sans la moindre faute de la part de cette dernière, Piotet affirme que la preuve libératoire de l'article 101 CO est exclue dans les rapports précontractuels. Nous venons de montrer pourquoi sa théorie ne nous paraît pas compatible avec le droit positif suisse [269]. Nous rejetons l'exclusion de la preuve libératoire de l'article 101 CO en matière précontractuelle. Nous estimons, au contraire, que l'article 101 CO est la seule disposition légale à même de régler la *culpa in contrahendo* du fait d'autrui, étant donné que nous avons opté pour la théorie quasi contractuelle et pour l'application des règles contractuelles qu'elle implique. Nous nous proposons d'examiner maintenant la responsabilité du représenté ou du maître de l'affaire pour le dommage causé par le préposé durant les pourparlers précontractuels. Il ne s'agit donc pas de l'étude de la responsabilité personnelle du préposé pour les actes illicites ou la *culpa in contrahendo* qu'il commet à cette occasion. Les deux problèmes sont différents, bien que les faits générateurs des responsabilités envisagées appartiennent au même contexte.

L'idée qui est à la base de l'article 101 CO nous paraît être la suivante : le créancier a comme partenaire un débiteur dont il est en droit d'attendre une exécution personnelle. Si le débiteur décide de se faire aider ou représenter pour l'exercice de ses droits ou surtout pour l'accomplissement de ses obligations, c'est à ses risques et périls. Jamais le créancier ne doit pâtir d'une telle situation. Aussi la loi prévoit-elle que le comportement de l'auxiliaire est considéré comme le comportement du débiteur lui-même. Le débiteur assume les agissements de son auxiliaire comme s'ils étaient les siens. Il en résulte très logiquement que le débiteur ne peut se libérer de sa responsabilité que moyennant la preuve de l'absence de faute de sa part dans l'hypothèse où lui-même, et non son auxiliaire, aurait eu le comportement de ce dernier vis-à-vis du créancier [270].

Le principe est simple et paraît d'une application aisée. Toutefois, des difficultés surgissent lorsqu'il s'agit d'imputer au débiteur le comportement de son auxiliaire. Comment faut-il procéder dans un cas d'espèce ? Les actes et abstentions de l'auxiliaire ne signifient rien en eux-mêmes. On ne peut pas les juger *in abstracto* ni les détacher de certaines circonstances de fait décisives qui entourent les agissements de l'auxiliaire et dont ce dernier est seul à avoir connaissance. Les actes et abstentions de l'auxiliaire ne

[269] Cf. *supra* chap. I § 3 VI C a.

[270] OSER-SCHÖNENBERGER, N 12 ad art. 101 CO ; BECKER, N 15 et 23 ad art. 101 CO ; PIOTET, *Culpa,* p. 64 s. ; CUENDET, p. 184 à 187 ; ENGEL, p. 498 et 501 ; VON TUHR-ESCHER, § 70 III p. 128 s. ; RO 90 II 15 c. 3 d = JdT 1964 I 554 ; RO 92 II 15 c. 3 = JdT 1966 I 526 ; RO 92 II 234 c. 1 et 3 b = JdT 1967 I 242.

peuvent donc être appréciés que s'ils sont mis en relation directe avec la connaissance que l'auxiliaire a ou n'a pas de l'ensemble de ces faits. Ce que l'auxiliaire connaît est, en un mot, aussi important que ce qu'il fait ou ne fait pas. Il faut alors se demander si l'on doit imputer au débiteur la connaissance de son auxiliaire. Le Tribunal fédéral n'a, jusqu'ici, pas eu l'occasion de discuter cette question capitale, mais la réponse positive ne fait aucun doute. Les juges de Mon-Repos affirment en effet, de façon très laconique, que « le débiteur doit se laisser imputer, par exemple, tous les faits connus de l'auxiliaire comme s'il en avait eu connaissance lui-même » [271]. Von Tuhr semble être du même avis, lorsqu'il écrit : « La représentation est possible même pour la connaissance d'un fait ; à la représentation de la volonté correspond une représentation de la connaissance, de sorte que la connaissance du représentant peut être imputée au représenté. » [272] En conséquence, nous admettons que le débiteur de l'article 101 CO ne peut se disculper en prouvant qu'il ignorait certains faits connus de son représentant ou de son auxiliaire. Il est censé connaître lui-même les faits en question comme le préposé les connaissait. La preuve libératoire de l'article 101 CO n'est pas supprimée pour autant : le débiteur peut en effet prouver que le comportement de l'auxiliaire et la connaissance des circonstances de fait y afférentes, qui lui sont tous deux imputés, ne constituent pas une faute par rapport à son *équation personnelle,* soit dans la mesure où l'auxiliaire a fait tout ce que le créancier pouvait raisonnablement attendre du débiteur en personne. Cette preuve sera souvent très difficile à rapporter, notamment lorsque le représenté ou maître de l'affaire apparaît comme le spécialiste dont le créancier est en droit d'exiger la plus grande diligence. La difficulté de la preuve ne constitue cependant pas un motif d'exclusion. Nous pensons au contraire que la valeur de l'article 101 CO (par rapport à l'article 55 CO) réside précisément dans la sévérité que le juge doit montrer lorsqu'il s'agit d'apprécier la preuve libératoire offerte par le débiteur responsable du fait d'autrui.

Nous ne voyons aucune raison de ne pas soumettre la responsabilité précontractuelle aux règles que nous venons de mentionner. L'article 101 CO est une disposition de portée générale qui constitue un passage nécessaire de la responsabilité (quasi) contractuelle. A notre avis, le droit positif impose cette voie simple et logique. C'est en tout cas l'opinion d'une doctrine largement dominante [273], dont l'autorité ne devrait pas être mise en doute sur ce point.

[271] RO 90 II 15 c. 3 d = JdT 1964 I 554 ; dans le même sens, RO 45 II 447 c. 2.

[272] Von Tuhr-Thilo, § 41 II p. 286.

[273] Cf. *supra* chap. I notes 225 et 231 ; Engel, p. 273.

§ 4. LIMITES DE LA RESPONSABILITÉ PRÉCONTRACTUELLE

I. Nécessité de la délimitation

Comme nous l'avons déjà constaté [274], la théorie de la responsabilité précontractuelle a rencontré un écho très favorable aussi bien en doctrine qu'en jurisprudence, à tel point que personne, aujourd'hui, ne songe à remettre en cause l'existence du dogme de la *culpa in contrahendo* [275]. La responsabilité précontractuelle est solidement ancrée dans les esprits. Elle a acquis un véritable droit de cité dans l'ordre juridique germano-suisse. Le développement de la théorie de Jhering s'explique en partie par les règles de la responsabilité aquilienne du BGB, très restrictives en comparaison de la réglementation contractuelle [276] de la même loi. Ehmcke et Larenz considèrent à juste titre que de nombreux cas de responsabilité précontractuelle, comme les *Warenhausfälle,* ne sont rien d'autre que des actes illicites considérés comme relevant de la *culpa in contrahendo* en ce qui concerne la responsabilité du fait d'autrui [277]. Il faut aussi reconnaître que le fondement très général de la responsabilité précontractuelle, soit le principe de la bonne foi [278], contribue largement à son extension et à son succès. C'est pourtant là que se situe, à notre avis du moins, le point le plus vulnérable de tout l'édifice. Il nous paraît impossible d'expliquer et de justifier une règle de droit non écrit par les seules exigences de la bonne foi. Cette dernière domine l'ensemble des rapports juridiques, voilà une évidence que nul ne conteste. Le recours à ce concept ne fournit pourtant aucune solution satisfaisante aux problèmes précontractuels. C'est au contraire une idée creuse qui déplace les difficultés sans les trancher et sans apporter le moindre secours au juge [279]. Il en est de même de l'équité, cette notion, certes noble et élevée, que le juge brandit souvent pour exprimer son sentiment personnel de la justice [280]. La *culpa in contrahendo* n'échappe hélas pas au mal, elle tombe dans le piège. La jurisprudence et la doctrine allemandes contempo-

[274] Cf. *supra* chap. I § 1 II A et B.

[275] STAUDINGER-WERNER, N 99 Vorbem. zu §§ 275-292 BGB ; MDR 1961 p. 49 (BGH).

[276] BALLERSTEDT, p. 512 s. ; HARTWIEG, p. 736 ; LARENZ, MDR 1954 p. 517 ; SCHMITZ, p. 570.

[277] LARENZ, Festschrift Ballerstedt, p. 402 s. ; EHMCKE, p. 72 note 86.

[278] RO 77 II 135 = SJ 1951 p. 481 ; SJ 1975 p. 1 c. 3 ; SCHÖNENBERGER-JÄGGI, N 575 à 577 ad art. 1 CO ; YUNG, Festgabe Schönenberger, p. 170 s. ; BALLERSTEDT, p. 502 s. ; NIRK, Festschrift Möhring, p. 392 s. ; BARTH, p. 14 ; KREIS, p. 56 ; HARTWIEG, p. 735, spéc. note 14 ; STOLL, LZ 1923 p. 540.

[279] FLUME, § 15 III 4 p. 277.

[280] MARTIN, *Le Code des Obligations,* p. 91 ; THORENS, p. 7.

raines le confirment, quand elles utilisent la responsabilité précontractuelle pour combattre les effets nocifs des conditions générales [281], pour éluder les exigences légales de l'invalidation en raison d'un vice de la volonté [282], enfin pour renforcer la protection d'une victime de lésions corporelles qui, en raison de sa présence dans l'immeuble du débiteur au moment de l'accident, apparaît comme un partenaire possible à des pourparlers éventuels qui pourraient peut-être s'engager entre lui et le débiteur, dans l'immeuble appartenant à ce dernier [283].

Cette extension jurisprudentielle de la *culpa in contrahendo* nous semble inopportune et dangereuse : elle affaiblit le droit codifié en le doublant de règles vagues, imprécises et presque illimitées. La *culpa in contrahendo* ne finira-t-elle pas par devenir le fondement exclusif de toute action en responsabilité ? On peut le craindre, d'autant plus que la *tentation précontractuelle* est très grande, aussi bien pour les plaideurs que pour les tribunaux : pourquoi se risquer à une analyse juridique approfondie et raffinée lorsque la *force de l'habitude précontractuelle* s'impose et donne un remède à toute situation gênante ou peu équitable... C'est pourquoi il nous paraît urgent de freiner et de canaliser l'expansion désordonnée et irréfléchie que la *culpa in contrahendo* connaît actuellement outre-Rhin. L'objet de notre thèse est l'étude de l'intérêt négatif, soit la sanction que la doctrine classique a donnée et donne encore à la *culpa in contrahendo*. Cette conception traditionnelle nous paraît juste et nous la défendrons ultérieurement [284]. Nous ne pouvons toutefois la soutenir que dans la mesure où la responsabilité précontractuelle ne déborde pas le champ d'application que l'ordre juridique lui attribue fort heureusement, mais que de trop nombreux juristes ont hélas tendance à oublier aujourd'hui.

II. Culpa in contrahendo et liberté contractuelle

Il faut mettre en évidence et ne jamais négliger deux principes cardinaux du droit privé : l'autonomie de la volonté et la liberté contractuelle [285]. Cette idée se manifeste tout particulièrement lors de la conclusion du contrat. On

[281] NJW 1962 p. 1196 (BGH) ; HARTWIEG, p. 736 s. ; MEDICUS, JUS 1965 p. 209 s.

[282] NJW 1962 p. 1196 (BGH) ; NJW 1968 p. 986 (BGH) ; NJW 1969 p. 1625 (BGH) ; NJW 1972 p. 1813 ; NIRK, Festschrift Möhring, p. 405 à 407 ; FIKENTSCHER, § 20 IV 3 p. 69 ; HARTWIEG, p. 737 ; critique de cette tendance par ESSER, § 52 IV 1 p. 378. Le TF vient de séparer très nettement *culpa in contrahendo* et vices de la volonté : RO 102 II 81.

[283] NJW 1962 p. 31 (BGH) ; NJW 1976 p. 712 (BGH) ; LARENZ, MDR 1954 p. 515 ss ; *idem, Schuldrecht* I, § 9 I 1 p. 93.

[284] Cf. *infra* chap. II §§ 1 à 3.

[285] OSER-SCHÖNENBERGER, N 2 ad art. 19 CO ; GROSSEN, TDS II/2, p. 13 s.

doit considérer que la liberté constitue la règle, et la responsabilité l'exception. Chacune des parties a le droit illimité et souverain de se retirer des négociations, provisoirement ou définitivement, sans indiquer les motifs de sa décision à son partenaire précontractuel [286]. Aucun des négociateurs n'a droit à la conclusion du contrat [287]. La caractéristique essentielle des pourparlers est la liberté de chacune des deux parties d'accepter ou de refuser la conclusion du contrat [288]. C'est avec la plus grande pertinence que Ballerstedt parle du « paradoxe » précontractuel [289] : les parties n'entendent assumer aucune obligation lors de l'entrée en pourparlers, mais l'ordre juridique leur impose néanmoins certains devoirs, par un procédé de *forçage* de leur volonté. La pratique nous fournit de nombreux exemples illustrant à merveille cette nécessité des relations d'affaires et de la vie commerciale [289 bis] où les négociations sont souvent destinées à être rompues dès qu'elles sont entamées : un maître d'ouvrage prend contact avec plusieurs entrepreneurs, leur demande des projets, des études et des devis. Les pourparlers n'aboutiront évidemment pas à la conclusion d'un contrat d'entreprise avec tous les intéressés ! Chaque entrepreneur sait parfaitement que ses chances de succès sont assez minces, vu le nombre des concurrents. Il prend toutefois le risque, c'est son métier, il tente sa chance. La situation de l'agent d'assurance, qui sillonne le pays en quête de contrats nouveaux, est identique : combien de kilomètres devra-t-il parcourir en vain, combien d'heures devra-t-il passer à essayer de convaincre sans y réussir ! Les exemples qui nous démontrent l'existence d'une catégorie d'abonnés à l'échec précontractuel sont très nombreux. Personne ne songe pourtant à indemniser l'agent d'assurance pour les téléphones inutiles et le temps perdu, ni l'entrepreneur pour le devis qu'il a établi dans le but de permettre au client de choisir, en toute connaissance de cause, les offres lui paraissant les plus favorables.

Il n'y a pas *culpa in contrahendo* du seul fait de la rupture ou de l'échec des pourparlers. La responsabilité ne peut être engagée que dans des situations exceptionnelles, et il est en principe nécessaire que le débiteur commette véritablement une faute en se retirant des négociations. Tel sera le cas d'un partenaire qui, décidé à ne pas conclure, laisse toutefois subsister chez l'autre négociateur, par dol ou simple négligence, l'espoir illusoire de la venue à chef ultérieure du contrat. En effet, chaque partie a le devoir

[286] RO 77 II 135 = SJ 1951 p. 481 ; SJ 1968 p. 627, spéc. p. 628 (TF) ; BB 1962 p. 816 (BGH) ; ZBJV 1947 p. 315, spéc. p. 317 ; ZBJV 1969 p. 454 c. 3 ; ZBGR 1973 p. 26 c. 2 ; SJ 1966 p. 310 ; SJ 1975 p. 7, spéc. p. 13 ; VON TUHR-PETER, § 24 VII p. 193.

[287] CANARIS, *Vertrauenshaftung*, p. 292 ; MELLIGER, p. 26 et 143 ; MOREL, p. 309 ; KELLER, p. 90.

[288] HÄSEMEYER, p. 69.

[289] BALLERSTEDT, p. 503 ; KREIS, p. 53 s.

[289 bis] VON BÜREN, p. 211.

d'aviser l'autre de sa détermination de conclure ou de ne pas conclure, sans pour autant que sa liberté contractuelle soit restreinte. La violation de cette *Mitteilungspflicht* engage la responsabilité du débiteur lorsque le créancier subit un dommage, pour avoir engagé des frais en pure perte et négligé des occasions favorables, aujourd'hui définitivement perdues [290].

La liberté contractuelle élève donc un premier obstacle face à l'extension illimitée de la responsabilité précontractuelle. Cette barrière se dresse à la frontière extérieure du grand domaine de la responsabilité en général, par opposition au champ d'application de la liberté personnelle de l'individu.

III. Le principe de la subsidiarité

Nous venons d'examiner le concours entre la responsabilité et l'irresponsabilité, entre la responsabilité et la liberté. Admettons maintenant une situation où la responsabilité est engagée, sans toutefois que sa nature et son type soient cernés et déterminés avec une certitude absolue et indiscutable. Se pose alors le problème de la délimitation du champ d'application de la *culpa in contrahendo,* par opposition aux responsabilités contractuelle d'une part, délictuelle d'autre part. Il faut à cet égard se rappeler une vérité oubliée, ou en tout cas démodée : la responsabilité précontractuelle est une institution juridique créée et développée en marge, mais surtout en complément du droit codifié [291]. C'est pour remédier aux carences de la loi que la jurisprudence est en droit d'appliquer les principes de la *culpa in contrahendo* à tel ou tel cas d'espèce qu'il est impossible de ranger dans l'une ou l'autre catégorie légale. Mais encore faut-il qu'il y ait véritablement lacune de la loi et impossibilité de rattachement à une situation légale ! Il s'agit au fond de savoir si le silence de la loi est qualifié, oui ou non. La doctrine ne se penche habituellement pas sur ce point, et rares sont les auteurs qui s'interposent sur la voie ascendante de la responsabilité précontractuelle et lui demandent : *culpa in contrahendo, quo vadis ?* Medicus [292] l'a fait sans le dire expressément, avec fermeté et courage, il y a une dizaine d'années.

[290] RO 77 II 135 = SJ 1951 p. 481 ; SJ 1968 p. 627, spéc. p. 628 (TF) ; SJ 1966 p. 310 ; SJ 1975 p. 7, spéc. p. 14 ; VON TUHR-PETER, § 24 VII p. 193 ; JZ 1964 p. 324, spéc. p. 325 (BAG) ; BB 1962 p. 816 (BGH) ; MDR 1969 p. 641, spéc. p. 642 (BGH) ; MDR 1975 p. 1016 (BGH) ; HRR 1939 N° 1239 ; MDR 1952 p. 554 ; FLUME, § 33 8 p. 617 ; NIRK, Festschrift Möhring, p. 391.

[291] BGHZ 6 p. 330, spéc. p. 333 ; LARENZ, *Schuldrecht* I, § 9 I 1 p. 93 ; NIRK, Festschrift Möhring, p. 387 ; DUNZ-KRAUS, p. 42 ; NJW 1976 p. 712 (BGH).

[292] MEDICUS, JUS 1965 p. 214 à 216 ; dans le même sens, cf. tout récemment KREUZER, in JZ 1976 p. 780 s.

Malheureusement sans grand succès. L'idée de Medicus nous paraît aussi juste que simple. Nous la faisons nôtre et proclamons sans détour la subsidiarité de la *culpa in contrahendo* par rapport aux autres voies légales traditionnelles des responsabilités aquilienne ou dérivant de l'inexécution des obligations contractuelles.

IV. Culpa in contrahendo et responsabilité délictuelle

Les *Warenhausfälle* de la jurisprudence allemande constituent, à nos yeux, une des plus « belles » illustrations de l'égarement de la *culpa in contrahendo*. Le *Linoleumfall* est largement dépassé depuis le 26 septembre 1961, date à laquelle le BGH reconnut coupable de *culpa in contrahendo* l'exploitant d'un grand magasin dans lequel le créancier s'était blessé en glissant sur une peau de banane alors qu'aucune négociation ni discussion n'avait encore été engagée [293]. Avec cet arrêt, le BGH impose une obligation générale de sécurité précontractuelle dès que le dommage se produit dans une portion de terrain où le contrat peut venir à chef. Cette extension de la *culpa in contrahendo* nous entraîne bien loin du premier champ d'application de la responsabilité, soit la phase de la formation et de l'élaboration du contrat. Il n'y a plus qu'un pas insignifiant à franchir et la jurisprudence allemande aura fait sienne la théorie de Dölle [294] qui admet une responsabilité fondée sur la *culpa in contrahendo* dès qu'il y a un *sozialer Kontakt* entre les intéressés ! Gardons un peu de bon sens et laissons régner souverainement les règles délictuelles dans de telles hypothèses : le dommage causé n'a qu'un lien géographique tout à fait fortuit avec la conclusion du contrat (peut-être) envisagé et la responsabilité précontractuelle n'a pas sa place. En effet, cette dernière ne peut être engagée que pour un dommage qui est en corrélation directe et fonctionnelle avec le contrat en formation et n'a pas avec lui qu'un seul rapport extérieur de temps ou de lieu [295]. La faute doit être typiquement précontractuelle, elle doit relever d'une incorrection dans la conduite des pourparlers, elle doit, en un mot, se rapporter à la conclusion même du contrat [296]. Lorsque le futur client d'une banque glisse sur un fond de marbre trop bien poli et entretenu (!) alors qu'il s'approche

[293] RGZ 78 p. 239 ; NJW 1962 p. 31 (BGH) ; NJW 1976 p. 712 (BGH).

[294] Dölle, *Aussergesetzliche Schuldpflichten,* in Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 1943 p. 67 ss, cité par Larenz, *Schuldrecht* I, § 9 I 1 p. 93, et par Piotet, *Culpa,* p. 46.

[295] Schönenberger-Jäggi, N 585 ad art. 1 CO ; Piotet, ZSR 1975 I p. 259 ; Kreis, p. 43, 44, 58 ; ZBGR 1973 p. 26 c. 2.

[296] Barth, p. 14 ; Herz, p. 18 s. ; Nirk, Rabels Zeitschrift 1953 p. 350 ; Titze, *Handwörterbuch,* p. 517 ; *idem,* JW 1931 p. 513 ; Fikentscher, § 20 I p. 66 ; Staudinger-Werner, N 32 ad § 276 BGB.

des guichets, on ne peut pas encore parler des liens de confiance qui unissent le banquier à son client! Il y a tout au plus une responsabilité dérivant de l'article 58 CO [297], voire de l'article 41 CO, par le biais de la création d'une *situation dangereuse* [298]. La situation ne nous paraît guère différente en droit allemand [299], malgré la portée restrictive du § 836 BGB [300] et les insuffisances, réelles [301] ou prétendues [302], du § 823 BGB. Il ne faut du reste pas oublier que le § 823 BGB remédie aux défauts que le § 836 BGB présente en comparaison de l'article 58 CO. Le droit allemand impose en effet des devoirs de prudence très stricts à toute personne qui crée une situation dangereuse [303] ou qui déploie une activité économique et commerciale dans des locaux accessibles et ouverts au public [304]. Enfin, si la jurisprudence et la doctrine d'outre-Rhin [305] ont toujours rejeté l'analyse que Dernburg [306] a donnée du § 823 BGB, elles nous paraissent se placer dans une contradiction inexorable lorsqu'elles étendent le champ d'application de la *culpa in contrahendo* et des règles contractuelles dans le dessein manifeste d'éluder l'interprétation restrictive qu'elles donnent elles-mêmes du § 823 BGB ! Les tribunaux suisses feront bien de ne pas suivre la jurisprudence allemande : en principe, la *culpa in contrahendo* doit rester réservée aux dommages frappant un partenaire précontractuel dans sa qualité de partie, à l'exclusion des situations où le préjudice survient par hasard à l'occasion des pourparlers [307]. Il faut relever ici l'avantage que présente la théorie délictuelle : comme la responsabilité précontractuelle dérive de l'acte illicite, dont elle constitue un cas particulier, il ne peut y avoir d'empiétement de la *culpa in contrahendo* sur le terrain délictuel. Le délicat problème de la délimitation ne se pose pas [308] et le début de la responsabilité précontractuelle ne soulève en pratique aucune difficulté. C'est un point fort de la théorie délictuelle,

[297] RO 88 II 417 = rés. JdT 1963 I 255.

[298] RO 93 II 89 c. 2 = JdT 1968 I 322.

[299] Staudinger-Werner, N 31 ad § 276 BGB.

[300] Erman-Drees, N 5 ad § 836 BGB.

[301] Erman-Drees, N 44 ad § 823 BGB ; Palandt-Thomas, N 1 ad § 823 BGB.

[302] Piotet, *Culpa,* p. 47.

[303] Erman-Drees, N 53 ad § 823 BGB.

[304] Erman-Drees, N 56, 103, 104 ad § 823 BGB ; Palandt-Thomas, N 1 ad § 836 BGB, N 14 ad § 823 BGB.

[305] Cf. *supra* chap. I note 301.

[306] H. Dernburg, *Das bürgerliche Recht des deutschen Reiches und Preussens,* 1902, I § 130 II, cité par Piotet, *Culpa,* p. 32.

[307] Cf. *supra* chap. I note 296.

[308] Piotet, *Culpa,* p. 44, 45, 47, nous paraît aller trop loin en affirmant que les théories quasi contractuelles aboutissent à des résultats pratiques insatisfaisants : rares sont en effet les cas typiques de *culpa in contrahendo* qui surviennent avant que les parties aient véritablement entamé les pourparlers.

mais il ne faut pas surestimer la portée de cet avantage. L'exigence de la connexité directe et fonctionnelle entre le dommage et le contrat projeté [309] fournit un critère qui devrait permettre à la théorie quasi contractuelle de triompher des prétendues difficultés de frontière. Quoi qu'il en soit, nous n'entendons pas renoncer à la conception quasi contractuelle qui est la nôtre. La difficulté, surtout lorsqu'elle est localisée et limitée, ne saurait être à elle seule un motif d'abandon de notre point de vue [310]. Nous verrons d'ailleurs que la théorie délictuelle est en proie à la difficulté inverse, et beaucoup plus sérieuse, de la distinction entre les responsabilités précontractuelle et strictement contractuelle [311].

Après avoir tracé les limites de la responsabilité précontractuelle face à la liberté d'une part [312] et face à la responsabilité délictuelle d'autre part [313], nous nous proposons d'aborder maintenant l'étude des rapports entre la *culpa in contrahendo* et la responsabilité contractuelle proprement dite.

V. **Culpa in contrahendo et responsabilité contractuelle**

A. *Approche du problème*

L'absence de lien contractuel constitue un des traits saillants des pourparlers [314]. Qui dit absence de convention dit aussi absence de responsabilité contractuelle [315]. Aussi nous paraît-il juste de considérer que la *culpa in contrahendo* est l'opposé de la *culpa post pactum perfectum* [316]. La doctrine classique distingue donc la faute précontractuelle et la faute commise dans l'exécution du contrat. Les deux manquements se caractérisent par une survenance temporelle différente : la première surgit avant ou au plus tard lors de la conclusion du contrat [317], la seconde après la conclusion de la convention [318]. Toute confusion semble à première vue exclue, la *culpa in*

[309] Cf. *supra* chap. I notes 295 et 296.

[310] PIOTET, *Culpa*, p. 46, 81, 82, n'échappe lui-même pas à la difficulté de la délimitation de la *culpa in contrahendo* et de la responsabilité strictement délictuelle, notamment à propos de la responsabilité du fait d'autrui.

[311] Cf. *supra* chap. I § 4 V B, C.

[312] Cf. *supra* chap. I § 4 II.

[313] Cf. *supra* chap. I § 4 IV.

[314] BALLERSTEDT, p. 503.

[315] BARTH, p. 14 ; STAUDINGER-WERNER, N 31 ad § 276 BGB.

[316] FIKENTSCHER, § 20 V p. 70.

[317] WOLF, p. 140 ; KREIS, p. 43 ; NIRK, Festschrift Möhring, p. 395.

[318] HERZ, p. 19 ; HAEUSLER, p. 9 ; NIRK, Festschrift Möhring, p. 395.

contrahendo faisant figure d'un *aliud* par rapport à la responsabilité dérivant de l'inexécution [319].

Il ne faut pourtant pas croire que les négociations et la conclusion d'un contrat valable constituent les deux termes d'une alternative juridique. Les deux moments sont au contraire complémentaires, successifs et la convention est en principe la résultante harmonieuse de leur addition. Cette constatation élémentaire nous amène au cœur du problème : que va-t-il se passer lorsqu'une faute commise avant la conclusion se répercute ultérieurement, lors de l'exécution, sous forme d'exécution imparfaite ? Il peut même y avoir cumul de deux fautes différentes, précontractuelle et postcontractuelle [320]. Y aura-t-il alors cumul ou concours des sanctions, voire exclusion de l'une par l'autre, et, le cas échéant, quelle sera la priorité ?

B. *L'idée de l'absorption et son développement*

Les pourparlers précontractuels sont toujours transitoires et provisoires, ils sont axés vers leur fin, ils tendent à leur mort juridique, dès leur naissance. Ils sont en effet voués à deux disparitions alternatives [321], celle de l'échec qui leur substitue le néant ou celle de la réussite qui leur substitue le lien contractuel. Les pourparlers meurent, irrémédiablement, sans pour autant que toutes les marques et traces de leur existence disparaissent. On admet ainsi bien souvent que les obligations dérivant de la *culpa in contrahendo* survivent à la conclusion du contrat et que les actions précontractuelles peuvent être intentées après la venue à chef de la convention [322].

On peut envisager le problème différemment : la conclusion du contrat met fin aux pourparlers et aux obligations légales qui en découlent, pour les remplacer par une relation juridique purement conventionnelle entre les parties. La responsabilité contractuelle gagne, en quelque sorte, le terrain perdu par la responsabilité précontractuelle. Cette conception repose sur l'idée que le contrat assimile et englobe tous les rapports juridiques antérieurs à sa conclusion, rapports que la loi elle-même avait créés entre les parties dès leur entrée en pourparlers. Les obligations et actions précontractuelles s'effacent devant les prétentions contractuelles ; le rapport juridique découlant des négociations s'éteint sans laisser subsister la moindre séquelle dis-

[319] RIEHL, p. 837.

[320] C'est-à-dire postérieure à la conclusion du contrat.

[321] HERZ, p. 54.

[322] HERZ, p. 54 s. ; STAUDINGER-WERNER, N 33 ad § 276 BGB ; HARTWIEG, p. 737 ; implicitement dans RO 77 II 135 = SJ 1951 p. 481 ; ZBGR 1973 p. 26 c. 2 ; SJ 1975 p. 7, spéc. p. 13 ; BB 1957 p. 837 (BGH).

tincte du lien contractuel établi [323]. Cette analyse met en évidence l'évolution permanente et la dynamique du rapport juridique issu des pourparlers, jamais cristallisé ni figé quant aux obligations qu'il engendre. Nous nous rapprochons implicitement, mais par une autre voie, du résultat que Stoll [324] avait atteint en 1923 avec sa théorie de l'*organisme contractuel :* les pourparlers et le contrat forment un tout, le second n'étant qu'une manifestation extérieure particulière *(Erscheinungsform)* d'un rapport d'obligation plus large créé déjà par l'entrée en pourparlers. La théorie de Stoll doit être abandonnée en raison de son fondement, étant donné qu'elle repose sur la fiction de l'acte juridique unilatéral [325]. L'idée d'absorption, par le contrat, des obligations précontractuelles, nous paraît cependant parfaitement conciliable avec la conception moderne de la *culpa in contrahendo :* aucune règle de droit n'interdit qu'une obligation légale soit rattrapée, dépassée, enveloppée et assimilée par une obligation conventionnelle. Telle semble être en tout cas la conception de Larenz [326], qui défend pourtant avec fermeté le fondement légal de la *culpa in contrahendo* et rejette toute idée d'acte juridique à la base des négociations précontractuelles [327]. Sans le dire expressément, Larenz admet que les obligations précontractuelles constituent un *minus* par rapport à celles qui naissent de la convention : il lui serait sinon impossible de parler d'une assimilation au complexe plus large des obligations contractuelles [328]. Larenz part donc de l'idée que la parole donnée crée une responsabilité plus lourde que la loi, lorsque cette dernière met certaines obligations à la charge des négociateurs. Le point de vue que Larenz a très rapidement esquissé est actuellement admis par Fikentscher et Schmitz [329], alors que Wolf et Hartwieg [330] le rejettent énergiquement et affirment que le rapport de confiance créé par les pourparlers reste indépendant de la relation conventionnelle, malgré la venue à chef de cette dernière.

C'est à Jäggi que revient, à notre avis, le mérite d'avoir trouvé la solution la plus juste du problème [331]. Le commentateur suisse adopte la théorie de l'absorption, comme règle générale, tout en reconnaissant que certains cas

[323] Barth, p. 69 ; Schmitz, p. 570 ; Dömpke, *Die Grundlage und der Umfang der Haftung für Verhalten bei Vertragsverhandlungen,* Königsberg 1933, p. 47 ss, cité par Herz, p. 55.

[324] Stoll, LZ 1923 p. 544 et 546 ; RGZ 95 p. 58, spéc. p. 60.

[325] Cf. *supra* chap. I § 2 V b ; Piotet, *Culpa,* p. 27 s.

[326] Larenz, *Schuldrecht* I, § 9 II p. 98 à 100 ; *idem, Schuldrecht* I, 11e éd., § 9 II p. 102 à 105.

[327] Larenz, *Schuldrecht* I, § 9 I 1 p. 93.

[328] Larenz, *Schuldrecht* I, § 9 II p. 98 ; *idem, Schuldrecht* I, 11e éd., § 9 II p. 103.

[329] Fikentscher, § 20 I p. 66, § 20 IV 2 et 3 p. 68 s. ; Schmitz, p. 570.

[330] Wolf, p. 140 ; Hartwieg, p. 737.

[331] Schönenberger-Jäggi, N 572 ad art. 1 CO.

y échappent : il paraît en effet impossible de soumettre aux règles de la vente la responsabilité de l'acheteur qui a abîmé ou perdu les échantillons que le vendeur lui avait remis pendant les négociations. Nous nous rallions à cette conception nuancée que nous proposons d'appeler *théorie de l'absorption relative.*

Les remarques très pertinentes de Jäggi nous ramènent au principe de la subsidiarité de la *culpa in contrahendo* [332] : les règles traitant de l'inexécution (ou mauvaise exécution) doivent s'appliquer en priorité et la responsabilité précontractuelle intervient dans les seules hypothèses que l'on ne peut classer dans la catégorie précédente. L'exemple de Jäggi en est une preuve patente.

L'idée de la subsidiarité de la *culpa in contrahendo,* par rapport à la responsabilité contractuelle, remonte en tout cas à une bonne cinquantaine d'années. Von Tuhr [333] l'effleure en 1922, lorsqu'il assimile la vente d'une chose défectueuse à une mauvaise exécution du contrat. En 1929, Titze [334] relève l'extension dangereuse du champ d'application de la *culpa in contrahendo* et invite la jurisprudence à lui donner une signification technique bien déterminée. Il propose de soustraire aux règles précontractuelles les cas de responsabilité déjà réglés de manière satisfaisante et claire par d'autres dispositions de l'ordre juridique. Ce n'est au fond rien d'autre que la subsidiarité de la *culpa in contrahendo !* Titze considère que la *culpa in contrahendo* doit s'effacer devant la *culpa in solvendo* dès que le manquement se manifeste avant tout et surtout lors de l'exécution de l'obligation : l'hôtelier qui sert une nourriture avariée à ses clients commet une faute dans l'exécution des obligations qu'il assume aux termes du contrat de restauration [335]. Il importe peu que la marchandise fût déjà altérée lors de la conclusion du contrat [336]. L'auteur allemand reprend ses idées en 1931 [337] dans une note qu'il publie après la parution de l'ouvrage de Steinberg, en 1930 [338], dont quelques passages illustrent bien ce glissement de la faute sur le terrain de l'(in)exécution [339]. Herz [340] importe les idées allemandes en droit suisse en 1936. Il relève judicieusement que l'obligation de pourvoir à une exécution correcte peut en quelque sorte rétroagir avant la conclusion du contrat [341].

[332] Cf. *supra* chap. I § 4 III.

[333] Von Tuhr, SJZ 18 (1921/1922) p. 370 note 18.

[334] Titze, *Handwörterbuch,* p. 517 s.

[335] Pour la terminologie, cf. Cuendet, p. 6 note 20.

[336] Von Tuhr, SJZ 18 (1921/1922) p. 370 note 18 ; Titze, *Handwörterbuch,* p. 517 s.

[337] Titze, JW 1931 p. 512 s.

[338] W. Steinberg, *Haftung für culpa in contrahendo,* Bonn 1930.

[339] Steinberg, p. 30 s.

[340] Herz, p. 20 et 55.

[341] Herz, p. 20.

Le débiteur morosif qui, lors de la conclusion du contrat, a induit le créancier en erreur sur ses possibilités d'exécuter à temps nous paraît ainsi responsable des conséquences de la demeure et non d'une éventuelle *culpa in contrahendo* [342].

C. *Critique de notre théorie*

Nous avons longuement hésité avant d'adopter la théorie de l'absorption relative. Le pas que nous avons franchi est peut-être audacieux, il est en tout cas inédit. Pourtant, il nous semble correspondre à l'immense majorité des situations (pré)contractuelles qui se présentent chaque jour : dès qu'il est parfait, le contrat rattrape, englobe et assimile les rapports précontractuels antérieurs à sa formation. Ceux-ci perdent leur individualité et leur particularité, ils se fondent dans le complexe plus large des liens contractuels et la dualité des relations juridiques entre les intéressés, précontractuelles et contractuelles, s'estompe et finit par disparaître. Il n'existe dès lors plus qu'un lien de droit unique entre les parties [343], dont la violation a pour effet de mettre en œuvre la responsabilité du débiteur en raison de la mauvaise exécution du contrat. La faute du débiteur apparaît au moment de l'exécution, sous forme d'exécution imparfaite, bien qu'elle ait été commise pendant les pourparlers précédant la conclusion de la convention [344]. Cela ne signifie pas pour autant que la *culpa in contrahendo* disparaisse comme telle : elle a été commise par le débiteur et son existence est indéniable, peu importe que le contrat soit venu à chef ou non. Nous n'entendons pas contester cette évidence. Notre théorie de l'absorption relative ne vise pas l'existence de la *culpa in contrahendo,* mais ses seuls effets : dès qu'il y a contrat valable, les conséquences spécifiques de la responsabilité précontractuelle sont suspendues et remplacées par les effets que la loi attache à l'inexécution ou à l'exécution imparfaite de la convention.

La substitution de la responsabilité contractuelle à la responsabilité précontractuelle apparaît dans la sanction que l'ordre juridique attache à la *culpa in contrahendo* commise lors de la conclusion d'un contrat valable : le lésé peut se placer sur le terrain strictement contractuel et exiger du débiteur la réparation de l'intérêt positif au contrat [345]. La *culpa in contrahendo* équivaut en effet à une *culpa in solvendo,* malgré sa survenance temporelle antérieure à la conclusion du contrat, et il nous paraît juste d'accorder au demandeur la réparation du dommage qu'il subit en raison de la mauvaise

[342] RO 88 II 195 c. 5 = JdT 1963 I 187 ; BECKER, N 8 ad art. 109 CO ; COMMENT, p. 150 ; *contra :* ERMAN-BATTES, N 12 ad § 284 BGB ; RGZ 168 p. 330 ; PIOTET, *Culpa,* p. 140 s.

[343] LARENZ, *Schuldrecht* I, § 9 II p. 100 ; *idem, Schuldrecht* I, 11e éd., § 9 II p. 103 et 105.

[344] KREIS, p. 41 à 43, 108 à 110.

[345] KREIS, p. 109 s.

exécution de la convention. Cette idée n'a pas été développée jusqu'ici, mais elle nous semble conforme à l'enchaînement naturel et spontané des phénomènes précontractuels et contractuels. Les tribunaux ne se sont pas prononcés expressément à ce sujet. Ils adoptent cependant ici ou là le principe de l'absorption relative, sans mot dire, en octroyant à la victime une indemnité destinée à la placer dans une situation économique correspondant à celle où l'aurait mise la bonne et fidèle exécution du contrat qu'elle entendait passer [346]. A cet égard, un des arrêts les plus révélateurs nous paraît être celui que le RG a rendu le 24 septembre 1918 [347] : il s'agissait d'un contrat d'entreprise portant sur le déplacement et la pose de conduites dans une rue en pente. Pendant les négociations, le maître donna à l'entrepreneur de faux renseignements sur la déclivité de la rue. L'entrepreneur fit un devis et une offre, puis il obtint l'adjudication des travaux. L'erreur dans laquelle le maître avait induit l'entrepreneur, par ses fausses indications, apparut en cours d'exécution. Le coût de l'ouvrage augmenta et l'entrepreneur actionna avec succès le maître en paiement de la différence. Les juges allemands considérèrent que le contrat était valablement conclu malgré la *culpa in contrahendo* commise par le maître. Cette dernière n'affecte pas la perfection du contrat, mais se manifeste au stade de l'exécution de la convention et de l'accomplissement des prestations qu'elle impose aux parties. L'indemnité allouée par la haute cour est dès lors calculée sur la base de l'intérêt contractuel positif, dont l'entrepreneur est en droit d'exiger la réparation pleine et entière [348].

Nous n'avons pas manqué de *tester* notre théorie et avons longuement cherché des exemples susceptibles de l'infirmer. Notre imagination est peut-être paresseuse ou peu développée... Nous ne sommes toutefois pas parvenu à désarçonner de façon implacable le principe de l'absorption relative. Il nous paraît au contraire assez solide, malgré les difficultés réelles que suscite l'article 31/3 CO. La doctrine et la jurisprudence dominantes considèrent en effet que cette disposition légale fonde un droit de nature extra-contractuelle et distinct des prétentions contractuelles issues de la convention viciée non invalidée [349]. Nous sommes évidemment bien loin de la théorie de

[346] RO 68 II 295 = JdT 1943 I 262 ; RO 89 II 239 c. 6 i. f. = JdT 1964 I 41 ; RO 90 II 449 c. 4 = JdT 1965 I 275 ; JW 1927 p. 1086 No 4 (RG).

[347] RGZ 95 p. 58.

[348] RGZ 95 p. 58, spéc. p. 61 ; RGZ 103 p. 47, spéc. p. 51 ; STAUDINGER-WERNER, N 11 ad § 249 BGB ; HILDEBRANDT, p. 242, 271 s. ; GEPPERT, p. 466 s. ; ZR 37 p. 302 No 150 c. 5 ; *contra :* OERTMANN, JW 1919 p. 35.

[349] RO 61 II 228 c. 2 = JdT 1936 I 84 ; RO 47 II 183 c. 4 = JdT 1922 I 364 ; RO 66 II 158 c. 4 = JdT 1940 I 588 ; SJZ 55 (1959) p. 315 No 129 ; SJ 1976 p. 17, spéc. p. 25 ; VON BÜREN, p. 226 ; GUHL, p. 145 ; MARTIN, *Le Code des Obligations,* p. 47 ; PIOTET, *Culpa,* p. 25, spéc. note 41, et p. 110 ; ENGEL, p. 245 s. ; OSER-SCHÖNENBERGER, N 31 ad art. 31 CO.

l'absorption que nous défendons, la contradiction semble flagrante et l'incompatibilité irrémédiable ! Sommes-nous vraiment dans une impasse telle que l'abandon de notre théorie s'impose ? Nous ne le pensons pas et sommes bien décidé à forcer le passage. Von Tuhr nous fournit une aide précieuse, une fois de plus. Le grand auteur sort des chemins battus en 1914 et écrit, dans son traité de droit allemand, que la menace et le dol ne sont pas seulement des actes illicites, mais constituent en même temps des infractions aux obligations précontractuelles imposées aux négociateurs dès leur entrée en pourparlers [350]. Von Tuhr tire les conséquences logiques de son affirmation : il admet la nature quasi contractuelle des indemnités qui en résultent et entend soumettre les actions envisagées aux règles contractuelles, par analogie. La solution ne nous paraît guère différente en droit suisse et nous entendons appliquer à l'article 31/3 CO les remarques que von Tuhr a faites pour le droit allemand. Nous ne prenons d'ailleurs pas un grand risque puisque l'auteur [351] a lui-même importé ses idées dans notre pays, avant d'être suivi par Meier-Hayoz en 1948 et par Engel en 1973 [352]. La prétention fondée sur l'article 31/3 CO n'est donc pas nécessairement et exclusivement de nature délictuelle.

On pourrait même aller plus loin et conférer à l'article 31/3 CO un caractère contractuel. Engel [353] relève très justement que le dol crée un concours d'actions délictuelle et contractuelle. Nous ne voyons aucun obstacle à ce que le créancier choisisse la voie contractuelle, en principe plus favorable, et réclame sur ce terrain la réparation de tout le dommage que le débiteur lui a causé, y compris le préjudice découlant d'un acte illicite prétendument commis pendant les pourparlers. La doctrine et la jurisprudence classiques entendent limiter l'objet de l'action à la réparation de l'intérêt négatif [354]. Cette prise de position peut éventuellement s'expliquer par le choix de la nature exclusivement délictuelle de l'action. Nous ne sommes pas persuadé du bien-fondé de l'opinion dominante et ne voyons pas pourquoi l'octroi de dommages-intérêts positifs serait prohibé. Quelle que soit la qualification retenue, il ne faut pas perdre de vue l'essentiel, qui reste le but et l'effet de la prétention fondée sur l'article 31/3 CO. La doc-

[350] Von Tuhr, *Allg. Teil* II/1, p. 626 s.

[351] Von Tuhr-Thilo, § 39 V p. 277.

[352] Meier-Hayoz, p. 170 ; Engel, p. 245 ; ZBJV 1969 p. 454 c. 3 b ; SJ 1975 p. 1 c. 3 (TF).

[353] Engel, p. 245 ; ZBJV 1969 p. 454 c. 3 b.

[354] Von Tuhr-Thilo, § 39 V 3 p. 279 ; Oser-Schönenberger, N 33 ad art. 31 CO ; Becker, N 16 ad art. 31 CO ; von Büren, p. 226 ; Guhl, p. 145 ; Engel, p. 246 ; RO 47 II 183 c. 5 = JdT 1922 I 364 ; RO 61 II 228 c. 3 = JdT 1936 I 84 ; SJ 1975 p. 1 c. 4 (TF) ; ZBJV 1907 p. 395 c. 5 ; SJ 1966 p. 337, spéc. p. 346 ; SJ 1976 p. 17, spéc. p. 25 ; SJZ 34 (1937/1938) p. 347 N° 67 c. 5 ; SJZ 55 (1959) p. 315 N° 129 ; ZR 37 p. 302 N° 150 c. 5.

trine classique s'accroche à l'intérêt négatif et Becker, qui la résume très bien, expose en substance que l'action tend à replacer le créancier dans le *statu quo ante,* c'est-à-dire la situation sans contrat [355]. L'article 31/3 CO permettrait ainsi une rescision abstraite, économique et financière, et le maintien exceptionnel du contrat ferait figure de moindre mal dans le démantèlement général envisagé. Cette voie a peut-être le mérite dogmatique d'être en accord avec le principe de l'invalidation fondée sur le dol. L'article 31/3 CO nous paraît toutefois beaucoup moins restrictif que ne semblent l'entendre la doctrine et la jurisprudence classiques. Le texte de la loi réserve expressément le maintien du contrat accompagné de l'octroi de dommages-intérêts. Rien ne nous interdit de comprendre cette disposition avec simplicité et de permettre au créancier d'obtenir une modification et une adaptation du contrat. A quel pôle de l'intérêt faut-il rattacher de telles conclusions que prendrait le demandeur ? Peut-être à l'intérêt négatif, peut-être à l'intérêt positif, peut-être aux deux ou peut-être à aucun des deux [356] ! Nous ne voulons pas nous prononcer définitivement sur ce point théorique. L'essentiel nous semble résider dans la possibilité que l'article 31/3 CO donne au créancier d'obtenir une modification et une adaptation du contrat. On dit parfois que la modification du contrat équivaut à une invalidation totale accompagnée de dommages-intérêts précontractuels [357]. Faut-il en déduire qu'une telle modification relève toujours de l'intérêt négatif ? Si nous l'admettions, il faudrait immédiatement affirmer que l'adaptation du contrat ne se fait jamais dans le sens de l'intérêt positif, soit dans le but et avec l'effet de donner au créancier ce qu'il aurait obtenu par l'exécution du contrat tel qu'il entendait le conclure. Nous refusons de franchir ce dernier pas et considérons au contraire que l'adaptation et la modification du contrat relèvent en général de l'intérêt positif, étant admis que l'intérêt négatif peut également apparaître sous la forme d'une *Differenzklage* que le créancier intente au débiteur [358]. Nous nous rallions à l'avis de Egger, qui ne voit aucune incompatibilité entre l'article 31/3 CO et l'exercice d'une action en réparation de l'intérêt positif [359]. La modification et l'adaptation du contrat

[355] RO 89 II 239 c. 6 = JdT 1964 I 41 ; SJ 1976 p. 17, spéc. p. 25 ; Becker, N 14 à 16 ad art. 31 CO ; Engel, p. 246 ; il ne s'agit pas d'un retour au *statu quo ante* au sens le plus strict, mais plutôt du rétablissement de la situation telle qu'elle se présenterait au jour pris en considération pour le calcul du dommage dans l'hypothèse où le créancier n'aurait pas été victime du vice du consentement.

[356] Aerni, p. 82 ; Tandogan, thèse, p. 267 s.

[357] Piotet, ZSR 1957 I p. 129 à 131 ; *idem, Culpa,* p. 21, 22, 91, 141 à 145 ; *idem,* ZSR 1975 I p. 269.

[358] Von Tuhr-Thilo, § 39 V 3 p. 278 s. ; Hildebrandt, p. 267 à 271 ; Oertmann, JW 1919 p. 35 ; Stoll, JW 1933 p. 35 ; RO 40 II 370 c. 4 = JdT 1915 I 290 ; SJZ 55 (1959) p. 315 N° 129 ; BB 1969 p. 696 (BGH).

[359] Egger, SJZ 18 (1921/1922) p. 217, spéc. p. 219 à 221 ; RGZ 103 p. 47, spéc. p. 51.

sont alors acquises au moyen d'une action contractuelle qui n'est autre qu'une manifestation particulière de l'action contractuelle générale en réparation de l'intérêt positif. La modification et l'adaptation du contrat que nous envisageons ne nous paraissent pas contraires à l'orientation actuelle de la jurisprudence, qui applique par analogie l'article 20/2 CO aux conventions entachées d'un vice du consentement [360]. Nous ne voyons en effet pas grande différence entre l'invalidation partielle d'un acte juridique et sa modification. La terminologie varie, mais l'effet produit est sans doute le même dans les deux cas. Sans vouloir dénigrer la tendance nouvelle qu'adoptent nos tribunaux, nous pensons cependant qu'une certaine prudence est de rigueur : il ne faudrait accepter que très exceptionnellement qu'un des cocontractants fragmente la convention et n'en retienne que les éléments correspondant à sa convenance et à son intérêt, sous prétexte d'un vice du consentement.

Peu importe en l'occurrence que l'action de l'article 31/3 CO soit strictement contractuelle ou quasi contractuelle. Il est de toute façon possible de la soumettre aux règles contractuelles, directement ou par analogie. La prétention de l'article 31/3 CO a donc sa place sur le terrain contractuel. Quasi contractuelle, elle a une origine propre et distincte de celle des droits issus directement de la convention viciée non invalidée. Le parallélisme des deux voies de droit est toutefois évident et le caractère (quasi) contractuel de l'action fondée sur l'article 31/3 CO permet à cette dernière d'être assimilée et intégrée aux prétentions purement contractuelles, conformément au principe général de l'absorption relative que nous avons admis.

En conclusion, nous estimons que l'article 31/3 CO ne constitue pas un obstacle infranchissable pour le principe de l'absorption relative. Ce dernier nous paraît tout à fait conciliable avec le droit codifié. Il implique toutefois une analyse et une conception (quasi) contractuelle nouvelles de l'article 31/3 CO. Von Tuhr a développé cette idée en droit allemand, puis l'a reprise en droit suisse, sans la discuter [361]. Meier-Hayoz et Engel l'ont suivi [362], mais la jurisprudence reste fermement attachée à la conception délictuelle de l'article 31 CO [363]. L'article 31/3 CO constitue indiscutablement le passage le plus délicat que la théorie de l'absorption ait à franchir. L'interprétation délictuelle que la doctrine classique donne à cette disposition légale place notre théorie devant une difficulté sérieuse et peut-être

[360] RO 96 II 101 c. 3 = JdT 1971 I 162 ; SJ 1974 p. 344 c. 4 c (TF) ; Engel, p. 233 et 247.

[361] Cf. *supra* chap. I notes 350 et 351.

[362] Meier-Hayoz, p. 170 ; Engel, p. 245.

[363] Cf. *supra* chap. I note 349 ; cf. cependant SJ 1975 p. 1 c. 3 (TF) et ZBJV 1969 p. 454 c. 3 b.

insurmontable. Cependant, von Tuhr a ouvert une voie nouvelle et son analyse quasi contractuelle de l'article 31/3 CO nous paraît très judicieuse. Elle permet en tout cas de concilier avec harmonie l'existence de la disposition légale et le principe de l'absorption relative que nous avons admis.

La théorie de l'absorption relative met en évidence un avantage précieux de la conception quasi contractuelle de la *culpa in contrahendo*. On constate que la validité de la convention a pour effet d'entraîner la *culpa in contrahendo* dans la sphère des règles contractuelles relatives à l'inexécution ou exécution imparfaite. En revanche, lorsque la *culpa in contrahendo* est commise en dehors d'un contrat valable, qui l'englobe et l'assimile, la théorie délictuelle entend la soumettre aux règles aquiliennes des articles 41 et suivants CO. La responsabilité précontractuelle changerait donc de nature selon que le contrat est valable ou non. Elle serait contractuelle dans le premier cas, en application de la théorie de l'absorption, et délictuelle dans le second, en application du principe général de l'article 41 CO. Cette discordance nous heurte, elle nous paraît fausse et nous ne voyons aucun argument qui puisse la justifier. La théorie délictuelle de la *culpa in contrahendo* nous semble prisonnière d'un embarras assez gênant et nous ignorons quelle issue ses adeptes pourront trouver, à supposer qu'une solution soit possible. Nous laisserons aux partisans de la conception délictuelle le soin de sortir de l'impasse et nous contenterons de constater qu'une telle incohérence est inexistante dans la théorie quasi contractuelle, étant donné que les responsabilités contractuelle et précontractuelle sont soumises à des règles analogues, que le contrat soit valable ou non.

VI. Culpa in contrahendo et garantie des défauts de la chose vendue

Il est un domaine du droit où le problème du concours de la *culpa in contrahendo* avec d'autres voies juridiques semble se poser avec une acuité toute particulière, vu la fréquence de la situation envisagée. Nous pensons à la responsabilité dérivant de la garantie des défauts de la chose vendue. Certains auteurs [364] y voient un cas de responsabilité précontractuelle et le Tribunal fédéral [365] lui-même fait quelques remarques dans cette direction. Une telle manière de voir nous paraît erronée. La livraison d'une chose

[364] HERZ, p. 20 s. ; SCHWANDER, p. 94 ; OFTINGER, *Die Haftung des Bürgen für die gesetzlichen Folgen eines Verschuldens oder Verzugs des Hauptschuldners,* Festgabe für Fritz Fleiner, Zurich 1937, p. 189.

[365] RO 77 II 135 = SJ 1951 p. 481 ; PIOTET, *Culpa,* p. 16.

défectueuse ne relève pas de la *culpa in contrahendo,* mais de la *culpa in solvendo :* le vendeur commet un manquement dans l'exécution de l'obligation conventionnelle en ne remettant pas à l'acheteur la chose telle que ce dernier est en droit de l'attendre aux termes du contrat de vente [366]. La garantie des défauts met une responsabilité contractuelle à la charge du vendeur et donne à l'acheteur des droits directement issus du contrat de vente. Les articles 197 et suivants CO ont donc un champ d'application contractuel, alors que la *culpa in contrahendo* vise le domaine précontractuel, soit les agissements du débiteur avant et au plus tard lors de la conclusion de la convention [367]. Quand la chose vendue est déjà défectueuse avant la conclusion du contrat, il n'y a pas pour autant *culpa in contrahendo :* la mauvaise exécution constitue le trait saillant du manquement du débiteur, elle en est la caractéristique dominante et relègue à l'arrière-plan toute idée de faute précontractuelle [368]. La *culpa in contrahendo* et la garantie des défauts se situent donc à deux moments différents et distincts dans la vie de l'obligation, bien qu'elles contribuent toutes deux à créer chez l'acheteur une erreur sur les qualités de la chose [369]. Malgré cet élément commun aux deux institutions, les différences fondamentales qui séparent les deux responsabilités nous amènent à rejeter tout concours ou cumul entre la *culpa in contrahendo* et la garantie des défauts de la chose [370]. Et cela d'autant plus que la responsabilité précontractuelle est subsidiaire, c'est-à-dire qu'elle s'efface devant la responsabilité pour inexécution qui l'englobe et la devance dans la majorité des cas [371]. On peut tout au plus se poser la question du concours et du cumul de l'action en garantie avec la prétention fondée sur les articles 97 et suivants CO relative à la mauvaise exécution du contrat de vente [372]. Il y a là un problème tout différent que nous ne saurions aborder dans le cadre de notre analyse de la *culpa in contrahendo.* La doctrine et la jurisprudence allemandes admettent en général que les §§ 459 et suivants BGB constituent une réglementation spéciale et exhaustive qui

[366] SJ 1966 p. 337, spéc. p. 346 ; VON TUHR, SJZ 18 (1921/1922) p. 370 note 18 ; SIMONIUS, ZSR 1918 p. 265 ; OSER-SCHÖNENBERGER, N 1 ad art. 192 CO ; BECKER, N 1 et 2 ad art. 195 CO ; HAEUSLER, p. 173 à 177 ; KELLER, p. 8 s. ; PIOTET, *Culpa,* p. 16, 17, 87, 116 ; WOLF, p. 146 ; TITZE, *Handwörterbuch,* p. 517.

[367] NIRK, Festschrift Möhring, p. 411 s.

[368] TITZE, *Handwörterbuch,* p. 517 s.

[369] NIRK, Festschrift Möhring, p. 412.

[370] *Contra :* PIOTET, *Culpa,* p. 113 et 139.

[371] Cf. *supra* chap. I § 4 V B.

[372] RO 82 II 411 c. 3 b = JdT 1957 I 182 ; RO 94 II 26 c. 2 a, b = JdT 1969 I 322 ; RO 96 II 115 = JdT 1971 I 258 ; RO 100 II 30 = JdT 1975 I 73 ; OSER-SCHÖNENBERGER, N 1 ad art. 192 CO, N 4 et 6 ad art. 197 CO ; BECKER, N 2 et 3 ad art. 192 CO, N 3 Vorbem. zu Art. 197-210 CO.

exclut les principes de la responsabilité précontractuelle [373]. Seule une minorité d'auteurs, dont Wolf, Diederichsen et Nirk [374], se prononce pour une application concurrente, voire cumulative, des règles précontractuelles et édiliciennes.

Le bien-fondé de l'opinion dominante apparaît au moment où l'on examine les sanctions que le droit attache aux deux types de responsabilités envisagées. La doctrine suisse classique s'accorde à reconnaître que la *culpa in contrahendo* entraîne, pour le débiteur, l'obligation de dédommager le créancier au titre de l'intérêt négatif [375]. L'article 208 CO suscite à cet égard de nombreuses difficultés : Oser-Schönenberger admettent que l'alinéa 2 vise l'intérêt négatif et l'alinéa 3 l'intérêt positif [376]. Sans le dire expressément, les deux commentateurs reconnaissent que les intérêts négatif et positif peuvent être cumulés dans la mesure où les conditions de l'article 208/3 CO sont remplies. Une telle conséquence nous paraît fausse, elle est en tout cas en contradiction avec de nombreuses décisions jurisprudentielles [377]. Il faut plutôt penser avec von Tuhr, Simonius, Becker et Haeusler [378] que la distinction de l'article 208 CO ne correspond pas toujours à celle des intérêts négatif et positif. Les alinéas 2 et 3 de l'article 208 CO semblent viser tous deux l'intérêt positif, le deuxième la perte effective et le troisième le gain manqué. C'est du moins le sens de la jurisprudence actuelle [379], qui veut sans aucun doute apporter quelque tempérament à la responsabilité objective du vendeur posée par l'article 208/2 CO. Les conséquences de la responsabilité précontractuelle et de la garantie des défauts de la chose vendue sont donc très différentes, puisqu'elles se rattachent aux deux pôles antinomiques que représentent l'intérêt positif d'une part, l'intérêt négatif d'autre part. C'est encore un indice de leur séparation totale et de leur non-ingérance réciproque.

[373] Palandt-Heinrichs, N 6 d ad § 276 BGB ; Palandt-Putzo, N 2 c Vorbem. vor § 459 BGB ; Erman-Battes, N 114 ad § 276 BGB ; Erman-Weitnauer, N 25 Vorbem. vor § 459 BGB ; Esser, § 52 IV 1 p. 378 ; Blomeyer, *Schuldrecht,* p. 73 ; Medicus, JUS 1965 p. 216 à 218 ; Leonhard, p. 66 ; Hildebrandt, p. 147 et 219 ; Larenz, Festschrift Ballerstedt, p. 406 s. ; Brox-Elsing, p. 6 ; BGHZ 60 p. 319 ; NJW 1975 p. 642, spéc. p. 644 (BGH) ; DB 1976 p. 1475 (BGH).

[374] Wolf, p. 146 ; Nirk, Festschrift Möhring, p. 396 et 412 ; Diederichsen, p. 401 ss.

[375] Haeusler, p. 4 ; Schönenberger-Jäggi, N 589 ad art. 1 CO ; Engel, p. 506 s.

[376] Oser-Schönenberger, N 5 et 6 ad art. 208 CO, N 4 à 8 ad art. 195 CO ; ZBJV 1941 p. 336.

[377] RO 41 II 672 c. 7 ; RO 44 II 500 c. 5 ; ZR 48 p. 40 N° 19, spéc. p. 42 ; ZBJV 1920 p. 224 c. 4 ; BB 1957 p. 837 (BGH) ; Hupka, p. 230 s. ; Guhl, p. 89 ; Keuk, p. 159 à 161, 163 s.

[378] Simonius, ZSR 1918 p. 264 s. ; von Tuhr, SJZ 18 (1921/1922) p. 370 note 17 ; Becker, N 1 et 2 ad art. 195 CO ; Haeusler, p. 173 à 177.

[379] RO 79 II 376 c. 3 = JdT 1954 I 381 ; SJ 1969 p. 71 c. 1 ; Heim, p. 18 à 21.

VII. Conclusion

On pourrait parcourir à l'infini la doctrine et la jurisprudence et rechercher toutes les confusions malheureuses que la *culpa in contrahendo* a engendrées. Une telle investigation, suivie d'une mise à mort immédiate, ne présente toutefois guère d'utilité dans le cadre de notre recherche. Nous nous sommes efforcé de mettre en évidence le danger de l'extension effrénée de la *culpa in contrahendo* dans les domaines les plus importants de la responsabilité civile. Nous avons proposé des lignes de démarcation entre les responsabilités précontractuelle, délictuelle et contractuelle. Nous espérons que nos solutions sont utilisables en pratique. Si tel est le cas, peut-être aurons-nous répondu à l'appel de Titze [380] qui, en 1929, voulait déjà donner à la *culpa in contrahendo* une signification technique et une portée précise, et non pas en faire une panacée destinée à éluder toutes les difficultés du droit civil et à pallier la paresse intellectuelle du juge ! Dans cette perspective, nous avons toujours considéré la *culpa in contrahendo* comme la faute commise dans le rapport de droit créé par l'entrée en pourparlers. Ce n'est pas un pur hasard ni une commodité d'expression. Nous pensons en effet que notre analyse du champ d'application des responsabilités aquilienne et contractuelle, y compris la garantie des défauts de la chose vendue, limite singulièrement le fief de la *culpa in contrahendo*. On doit en effet se demander quelle place la responsabilité précontractuelle peut encore occuper en cas de validité du contrat, soit en présence d'une responsabilité véritablement contractuelle. Il est tout à fait possible d'admettre que l'article 31/3 CO crée une responsabilité précontractuelle qui vient se greffer sur un contrat valable, puisque non invalidé par le lésé. Ce dernier cas mis à part, l'espace précontractuel nous semble considérablement restreint par l'existence d'un lien et d'une responsabilité strictement contractuels. La responsabilité précontractuelle ne survit que dans les hypothèses rares et marginales que la responsabilité contractuelle ne saurait englober. Ainsi celle imaginée par Jäggi [381], où l'acheteur égare l'échantillon que le vendeur lui a remis pendant les négociations. Les articles 645/1, 783/2 et 838/2 CO méritent une mention spéciale : la responsabilité des promoteurs qui passent un contrat avec un tiers au nom d'une société inexistante, ou qui refuse de ratifier l'acte, est sanctionnée par l'action en exécution et, subsidiairement, par l'action en réparation de l'intérêt positif [382]. La loi attache ainsi à la

[380] TITZE, *Handwörterbuch,* p. 517.

[381] SCHÖNENBERGER-JÄGGI, N 572 ad art. 1 CO.

[382] A. SIEGWART, *Zürcher Kommentar,* Bd V 5 a, *Die Aktiengesellschaft,* N 9 et 16 ad art. 645 CO ; E. SCHUCANY, *Kommentar zum schweizerischen Aktienrecht,* 2e éd., Zurich 1960, p. 56 ; W. VON STEIGER, *Zürcher Kommentar,* Bd V 5 c, *Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung,* N 18 et 21 ad art. 783 CO ; P. FORSTMOSER, *Berner Kom-*

culpa in contrahendo des fondateurs une sanction particulière qui déroge au principe général de l'article 39/1 CO. L'acte passé déploie les effets d'une convention valablement conclue entre le tiers et les promoteurs, et ceux-ci ont à l'égard de celui-là les droits et les obligations que la société aurait eus si elle était devenue partie au contrat. La loi impose en quelque sorte la validité du contrat aux fondateurs et cette fiction a pour conséquence de transformer la responsabilité précontractuelle en une responsabilité strictement contractuelle sanctionnée par des dommages-intérêts positifs.

Le terrain de la *culpa in contrahendo* nous paraît donc être celui des contrats manqués, peu importe que le contrat soit nul [383], invalide [384] ou qu'il n'ait même pas l'apparence de la validité [385]. Jhering l'avait déjà relevé en 1861, le titre de son étude en témoigne [386]. La responsabilité précontractuelle apparaît en conséquence dans des situations strictement délimitées, ainsi aux articles 26 et 39 CO, peut-être à l'article 31 CO, mais surtout et avant tout dans les tractations qui se soldent par un échec. Cette conception restrictive et technique de la *culpa in contrahendo* nous permet d'affirmer catégoriquement, avec la doctrine classique [387], que l'intérêt négatif est la sanction de la responsabilité précontractuelle. Il s'agit là d'un dommage particulier dont nous étudierons les composantes ultérieurement. Nous allons examiner maintenant le rattachement de l'intérêt négatif à la *culpa in contrahendo* et nous nous efforcerons de montrer qu'il constitue la seule sanction possible de la responsabilité précontractuelle, telle que nous l'avons définie, à l'exclusion de l'intérêt positif.

mentar, Bd VII 4, *Die Genossenschaft,* N 36 et 37 ad art. 838 CO ; F. von Steiger, *Le droit des sociétés anonymes en Suisse,* 4e éd., Lausanne 1973, p. 144.

[383] Cf. art. 11/2 et 20 CO ; § 306 BGB.

[384] Cf. art. 26 CO et § 122 BGB.

[385] RO 77 II 135 = SJ 1951 p. 481 ; RO 101 II 266 = rés. JdT 1976 I 187 ; SJ 1975 p. 7.

[386] Jhering, p. 1 ; Fischer, p. 115 ; Erman-Sirp, N 5 ad § 249 BGB.

[387] Cf. *supra* chap. I note 375.

CHAPITRE II

LA SANCTION DE LA CULPA IN CONTRAHENDO

§ 1. LA TENDANCE DOMINANTE ET NOTRE OPINION PERSONNELLE

Ainsi que nous venons de le voir, la *culpa in contrahendo* repose sur un état contractuel imparfait [1]. Cet état contractuel est tantôt incomplet et inachevé, lorsque les négociations n'aboutissent pas, tantôt illusoire, lorsque la conclusion n'a que l'apparence de la validité, en raison d'un vice qui rend l'acte nul ou annulable [2]. L'échec contractuel, soit l'absence de contrat valable, constitue à notre avis une des pierres d'angle de la théorie de la *culpa in contrahendo*. Nous allons voir quelles sont les conséquences qui en découlent directement pour la sanction de la responsabilité précontractuelle.

Deux voies sont ouvertes à l'ordre juridique pour assurer la protection des liens de confiance tels ceux qui s'établissent entre les partenaires dès l'ouverture des négociations. Le droit peut d'une part faire coïncider l'apparence et la réalité par l'adaptation de la seconde à la première : le créancier bénéficie alors d'une protection positive dans la confiance qu'il fait à son cocontractant, il a en quelque sorte un droit à la réalisation de ses espérances [3]. Cette idée se trouve à la base de l'article 998 CO, voire des articles 645/1, 783/2 et 838/2 CO. Le droit peut d'autre part refuser cette protection positive au créancier, qui sera déçu dans sa confiance, sans pour autant le sacrifier tout à fait et le livrer au bon plaisir d'un partenaire peu scrupuleux : il accorde alors à la victime une action en dommages-intérêts visant à la réparation du *Vertrauensschaden ;* c'est la protection négative de la confiance [4].

L'ordre juridique germano-suisse choisit la deuxième voie pour sanctionner les rapports précontractuels. Les conséquences dommageables de la

[1] BECKER, N 1 ad art. 26 CO, N 5 ad art. 39 CO.

[2] Cf. *supra* chap. I § 4 VII.

[3] CANARIS, *Vertrauenshaftung,* p. 5 et 518, parle d'un « *Anspruch auf Vertrauensentsprechung* » pour désigner la protection positive de la confiance.

[4] CANARIS, *Vertrauenshaftung,* p. 5 et 518.

culpa in contrahendo se traduisent en général par l'obligation, pour le débiteur, de verser des dommages-intérêts au créancier [5]. Le principe est consacré par une doctrine [6] et une jurisprudence [7] bien établies en Allemagne : la *culpa in contrahendo* oblige le débiteur à la réparation de l'intérêt négatif. Exceptionnellement, le créancier peut cependant exiger l'intérêt positif lorsqu'il prouve que le contrat envisagé serait venu à chef dans l'hypothèse où le débiteur n'aurait pas violé fautivement les règles de diligence et de bonne foi précontractuelles. On relève toutefois une tendance, peut-être plus ancienne que la doctrine mentionnée ci-dessus, et actuellement très minoritaire, à ne jamais réparer l'intérêt positif mais le seul *Vertrauensschaden* en cas de *culpa in contrahendo* [8]. Les partisans les plus engagés de cette conception sont actuellement Flume [9] et Häsemeyer [10], qui estiment que les dommages-intérêts pour inexécution (intérêt positif) sont inconciliables avec l'essence de la responsabilité précontractuelle. Cette idée semble guider le BGH dans certains arrêts où il refuse l'octroi de l'intérêt positif pour sanctionner la *culpa in contrahendo* [11]. Cet îlot de résistance nous paraît devoir être défendu et si possible sauvé face au raz de marée de la doctrine et de la jurisprudence aujourd'hui dominantes [12], d'autant plus que les publications suisses les plus récentes [13] semblent s'orienter vers une solution identique à

[5] Barth, p. 14 ; Canaris, *Vertrauenshaftung,* p. 5 et 518.

[6] Palandt-Heinrichs, N 6 c ad § 276 BGB ; Erman-Battes, N 118 ad § 276 BGB ; Staudinger-Kaduk, N 99 Vorbem. zu §§ 275-292 BGB ; Soergel-Siebert, N 18 Vorbem. vor § 275 BGB ; Medicus, *Bürgerliches Recht,* § 9 II 3 p. 77 ; Larenz, *Schuldrecht* I, § 9 I 3 p. 95 ; Fikentscher, § 20 IV 4 et 5 p. 69 ; Esser, § 52 IV p. 379 ; Blomeyer, *Schuldrecht,* § 33 III p. 196 s. ; Ehmcke, p. 87, 88, 98, 99, 100 ; Krausse, thèse, p. 54 ; Erman, p. 331 ; Reinicke, *Rechtsfolgen,* p. 126, 128, 129 ; Schönwald, p. 52 ; Wolf, p. 139 et 145.

[7] Seufferts Archiv 1920 p. 213 N° 124, spéc. p. 214 (RG) ; JW 1927 p. 1086 N° 4 (RG) et note de Stoll, p. 1086 ; RGZ 95 p. 58 ; RGZ 97 p. 336 ; RGZ 103 p. 47, spéc. p. 51 ; RGZ 107 p. 357 ; RGZ 132 p. 76, spéc. p. 79 s. ; RGZ 159 p. 33, spéc. p. 57 ; BB 1955 p. 429 (BGH) ; NJW 1965 p. 812, spéc. p. 814 (BGH) ; BGHZ 49 p. 77, spéc. p. 82 s. ; LM N° 24 zu § 313 BGB (BGH) ; Recht 1922 N° 26 (RG).

[8] LZ 1929 p. 1662, spéc. p. 1664 (RG) ; Recht 1922 p. 349 N° 1545 ; HRR 1939 N° 1239 ; Böhme, p. 210 s. ; Levy, p. 1313 ; Keller, p. 13 ; Oertmann, Recht 1914 p. 9 ; Schmitz, p. 571 ; Titze,*Handwörterbuch,* p. 518 et 521 ; Von Tuhr, ZSR 1897 p. 18 s. ; BGB-RGRK, N 110 ad § 276 BGB.

[9] Flume, § 15 III 4 dd p. 282 à 284 ; *idem,* § 33 8 p. 617.

[10] Häsemeyer, p. 64 à 71.

[11] BGHZ 6 p. 330, spéc. p. 335 ; BB 1957 p. 837 (BGH) ; VersR 1962 p. 562 (BGH) ; JZ 1964 p. 324 (BAG) ; BB 1975 p. 1128 (BGH).

[12] Cf. *supra* chap. II notes 6 et 7.

[13] Merz, N 498 ad art. 2 CCS ; von Büren, p. 210 s. ; Engel, p. 506 s. ; Schönenberger-Jäggi, N 589 et 596 ad art. 1 CO ; *contra :* Becker, N 15 ad art. 11 CO ; Deschenaux, TDS II/1, p. 183.

celle qui réunit la plupart des suffrages en Allemagne [14]. Nous pensons en effet que la réparation de l'intérêt positif doit être exclue en matière précontractuelle sauf dans les cas spécialement prévus par la loi, ainsi les articles 645/1, 783/2, 838/2 et 998 CO, voire les articles 26/2 et 39/2 CO, dans la mesure où l'on se rallie à l'opinion communément admise en Suisse [15].

§ 2. JUSTIFICATION DE NOTRE PRISE DE POSITION

I. La nullité du contrat exclut l'action en réparation de l'intérêt positif

Nous employons l'expression *nullité du contrat* dans un sens large et envisageons par là les différentes hypothèses où le contrat est manqué, peu importe que la convention soit nulle au sens de l'article 20 CO ou pour vice de forme, qu'elle soit invalide en raison d'un vice du consentement, enfin qu'elle soit inexistante à cause de l'échec des pourparlers infructueux.

Nous avons déjà montré que la situation précontractuelle n'engendre pas l'obligation, pour le débiteur fautif, de passer une convention valable et efficace avec le créancier [16]. Le créancier n'a donc aucun droit à la conclusion du contrat [17]. Le contrat valable reste un rêve ou une illusion, il est tout simplement inexistant. Nous ne voyons pas comment les parties pourraient en déduire un droit à la réparation de l'intérêt positif, puisque ce dernier est une prétention typiquement contractuelle. Si le droit n'accorde aucune action en conclusion du contrat, à plus forte raison refuse-t-il l'action en exécution de la convention envisagée [18]. L'action en exécution présuppose en effet l'existence d'un contrat valable et efficace [19] : elle se rapporte à une

[14] Cf. *supra* chap. II notes 6 et 7.

[15] Il est généralement admis que les articles 26/2 et 39/2 CO visent les dommages-intérêts pour inexécution, soit la réparation de l'intérêt positif : MARTIN, ZSR 1914 p. 112 ; BECKER, N 5 ad art. 26 CO, N 6 et 7 ad art. 39 CO ; OSER-SCHÖNENBERGER, N 15 ad art. 26 CO, N 6 et 16 ad art. 39 CO ; ENGEL, p. 237, 276, 507 ; RO 90 II 404 c. 5 a = JdT 1965 I 354 ; ZBJV 1941 p. 511 c. 6 ; ZBJV 1965 p. 148 ; SJ 1950 p. 218, spéc. p. 222 s.

[16] Cf. *supra* chap. I § 4 II et notes 286 et 287.

[17] Cf. *supra* chap. I notes 286 et 287 ; FLUME, § 33 8 p. 617 ; HÄSEMEYER, p. 69 ; NIRK, Festschrift Möhring, p. 398.

[18] BB 1955 p. 429 (BGH) ; NJW 1965 p. 812, spéc. p. 814 (BGH) ; BGHZ 49 p. 77, spéc. p. 82 ; BGHZ 57 p. 191, spéc. p. 197 ; SJ 1960 p. 574 ; DB 1976 p. 2011 (BGH) ; BÖHME, p. 210 et 218 ; HILDEBRANDT, p. 137 ; NIRK, Festschrift Möhring, p. 397.

[19] SCHERRER, p. 1 ; MERZ, N 490 ad art. 2 CCS ; SCHÖNENBERGER-JÄGGI, N 78 ad art. 11 CO.

prestation due et représente le corollaire de la créance, elle-même fondée sur un rapport de droit valable [20]. L'action en exécution et l'action en dommages-intérêts pour inexécution (dommages-intérêts positifs) visent et aboutissent au même résultat : elles mettent le créancier dans la situation économique où l'aurait placé une bonne et fidèle exécution du contrat. L'action en exécution y pourvoit directement par une prestation en nature, alors que l'action en dommages-intérêts fournit au créancier un équivalent exprimé en argent. Les deux actions ne sont que deux formes différentes de réalisation des droits qui appartiennent au créancier aux termes du contrat [21]. Il est donc juste qu'elles partagent le même destin. C'est ainsi que le contenu de l'action en dommages-intérêts positifs est déterminé directement par le contrat, tout comme celui de l'action en exécution [22]. Les clauses contractuelles définissent l'existence et l'étendue des obligations du débiteur, autant pour l'exécution en nature que pour l'exécution en espèces sous forme de dommages-intérêts remplaçant la prestation due. L'action en dommages-intérêts nous paraît donc soumise aux mêmes conditions et limites que l'action en exécution. L'équivalence de l'action en exécution et de la prétention à des dommages-intérêts positifs résulte de la définition même de ces derniers, qui sont destinés à mettre le créancier dans une situation financière correspondant aux avantages que lui aurait procurés l'exécution en nature. Le calcul de l'intérêt positif s'effectue en effet sur la base de la valeur que représente la prestation pour le créancier, compte tenu de toutes les circonstances propres à sa situation patrimoniale ; l'intérêt positif correspond en un mot à l'intérêt du créancier à l'exécution du contrat. Le parallélisme des deux actions s'explique aussi bien par leur même but que par leur fondement commun, soit la relation contractuelle liant valablement le débiteur au créancier. Cette équivalence est reconnue par une doctrine et une jurisprudence unanimes, aussi bien en Suisse qu'en Allemagne [23].

La portée de ce parallélisme est pourtant limitée au résultat financier et économique des deux actions. Il va sans dire qu'il ne s'agit pas d'une véritable identité, puisque la voie des dommages-intérêts n'est ouverte au demandeur que dans l'hypothèse où il ne peut pas obtenir l'exécution en

[20] ENGEL, p. 471 ; OSER-SCHÖNENBERGER, N 5 Vorbem. zu Art. 68-96 CO.

[21] VON TUHR-ESCHER, § 68 III p. 104 ; KEUK, p. 151 s. ; HÄSEMEYER, p. 67 s. ; SJZ 53 (1957) p. 201 N° 96, spéc. p. 201.

[22] KEUK, p. 149, 150, 154 ; RGZ 27 p. 118, spéc. p. 126 ; RGZ 57, p. 106, spéc. p. 114.

[23] SECRÉTAN, JdT 1947 I p. 35, 41, 48, 52 ; YUNG, SJ 1940 p. 439 s. ; ENGEL, p. 475, 483 s. ; VON TUHR-ESCHER, § 68 III p. 104 ; OSER-SCHÖNENBERGER, N 10 ad art. 97 CO ; BECKER, N 19 et 31 ad art. 99 CO, N 40 ad art. 107 CO ; COMMENT, p. 111 s. ; KELLER, p. 4 ; LEMP, p. 54, 146 s. ; SJZ 53 (1957) p. 201 N° 96 ; STAUDINGER-KADUK, N 50 Vorbem. zu §§ 323-327 BGB ; BGB-RGRK, N 5 ad § 325 BGB ; ERMAN-BATTES, N 12 ad § 325 BGB ; PIEPER, p. 410 et 413, spéc. note 50 ; RGZ 91 p. 30, spéc. p. 33.

nature (art. 97 CO), ou lorsque le créancier d'un contrat synallagmatique parfait renonce définitivement à l'exécution en nature (art. 107 CO). L'objet des deux actions diffère en ce sens que le demandeur à l'action en dommages-intérêts ne peut pas exiger sans autre du débiteur la prestation prévue initialement, lors de la conclusion du contrat [24]. On serait tenté de voir une autre divergence entre l'action en exécution et l'action en dommages-intérêts : dans la première, le demandeur serait toujours contraint d'exécuter la contre-prestation qui lui incombe ; dans la seconde, le créancier pourrait être dispensé de l'exécution de sa propre dette, en tout cas si l'on adopte la théorie de la différence par opposition à la théorie de l'échange [25]. Cette prétendue divergence nous paraît en partie illusoire, dans la mesure où l'on admet que, même dans la théorie de la différence, le créancier demandeur exécute toujours sa propre prestation, non pas *in natura,* mais en acceptant une compensation avec les dommages-intérêts qu'il réclame au débiteur, à concurrence de la valeur de sa propre dette. Cette opinion est en tout cas celle de Comment, Guhl et Lemp, tous trois partisans de la théorie de la différence [26].

Si l'action en exécution n'est pas fondée, faute de contrat valable, l'action en dommages-intérêts ne saurait l'être davantage, exactement pour la même raison [27]. Il nous paraît inconcevable que la nullité du contrat permette au créancier de réclamer, sous forme de dommages-intérêts, l'équivalent de ce qu'il ne peut obtenir en nature par l'action en exécution [28]. C'est là peut-être un des plus grands mérites de Jhering d'avoir si clairement exposé que le créancier ne peut exiger l'exécution ou, ce qui revient au même, son intérêt à l'exécution, que dans la mesure où le contrat est valable [29]. Ce principe fondamental a gardé toute sa valeur jusqu'à nos jours. Sa négation témoignerait de l'illogisme aberrant d'un ordre juridique qui donnerait de la main gauche ce que la main droite a refusé, en octroyant les dommages-intérêts positifs là où il a pourtant refusé l'action en exécution [30]. Nous admettons donc que le créancier d'un contrat nul n'a pas droit à la réparation de

[24] LEMP, p. 221.

[25] LEMP, p. 49 ; ENGEL, p. 494 ; VON TUHR-ESCHER, § 68 III 6 p. 104 s.

[26] COMMENT, p. 109 ; LEMP, p. 52 et 143 ; GUHL, Festgabe Wieland, p. 145 ; SECRÉTAN, JdT 1947 I p. 45.

[27] GÖSCHKE, p. 21 ; SECRÉTAN, JdT 1947 I p. 43 ; LEMP, p. 220 ; KELLER, p. 13 ; SCHWANDER, p. 86 ; BECKER, N 15 ad art. 11 CO ; MERZ, N 490 ad art. 2 CCS ; SCHÖNENBERGER-JÄGGI, N 78 ad art. 11 CO ; FIKENTSCHER, § 43 II p. 191.

[28] KELLER, p. 13 et 111 ; ZBJV 1900 p. 423, spéc. p. 425 ; ZBJV 1969, p. 454 c. 3 d ; SJZ 19 (1922/1923) p. 107 N° 22 ; SJ 1960 p. 574 ; SJ 1975 p. 7, spéc. p. 13.

[29] JHERING, p. 16 s. ; PATRY, p. 127.

[30] WEINBERG, p. 166.

l'intérêt positif puisque l'octroi de ce dernier est inconciliable avec la nullité de la convention [31].

Nos conclusions valent à part entière en matière précontractuelle et nous reconnaissons avec Flume et Häsemeyer que l'intérêt négatif est la seule sanction de la *culpa in contrahendo* [32]. Cette dernière ne fonde jamais de responsabilité véritablement contractuelle et la *césure* entre les négociations et la conclusion du contrat se manifeste aussi dans les responsabilités différentes qu'elles engendrent [33].

II. L'impossibilité de la preuve proposée par la doctrine dominante

Les partisans de la doctrine dominante accordent au créancier l'action en réparation de l'intérêt positif lorsqu'il parvient à prouver qu'il aurait obtenu la conclusion régulière du contrat avec le débiteur si ce dernier n'avait pas commis de *culpa in contrahendo* [34]. Une telle preuve est peut-être acceptable en théorie. Elle nous paraît en revanche inutilisable en pratique : comment A pourra-t-il prouver que B aurait été disposé à conclure avec lui en respectant les exigences de forme alors que B refuse l'exécution en se retranchant derrière l'inobservation de la forme prescrite... Comment A pourra-t-il prouver que B aurait été disposé à passer avec lui le contrat projeté alors que B rompt les pourparlers en cours en invoquant précisément leur caractère non obligatoire et l'absence d'accord liant les partenaires... Ehmcke [35] nous paraît beaucoup trop optimiste lorsqu'il affirme que le créancier peut rapporter la preuve de la conclusion du contrat avec le débiteur en établissant qu'il aurait obtenu le respect des règles de forme en insistant sur leur nécessité, à supposer qu'il l'eût connue, soit dans la mesure où le débiteur n'eût pas commis de faute précontractuelle en le berçant d'illusions quant à ses intentions réelles face à l'exécution. Il faut se rendre à l'évidence : il est difficile pour le créancier, voire impossible, de prouver que son partenaire aurait accepté de passer le contrat dans des conditions analogues même s'il n'avait pas commis de *culpa in contrahendo* [36]. Le rattachement de l'intérêt positif à la responsabilité précontractuelle par le

[31] Von Tuhr, ZSR 1897 p. 18 ; Titze, *Handwörterbuch,* p. 521.

[32] Flume, § 33 8 p. 617 ; Häsemeyer, p. 64 à 71 ; cf. en outre les références citées *supra* chap. II notes 8 et 11.

[33] Häsemeyer, p. 70 s.

[34] Cf. *supra* chap. II notes 6 et 7.

[35] Ehmcke, p. 98.

[36] Böhme, p. 217 ; Beitzke, p. 3 ; Canaris, *Vertrauenshaftung,* p. 292 ; Häsemeyer, p. 41 ; Krausse, JW 1929 p. 557 ; Lorenz, JUS 1966 p. 432.

biais de la preuve de la conclusion régulière du contrat, sans *culpa in contrahendo,* nous paraît donc aléatoire, illusoire et trompeur. Nous le rejetons pour affirmer une fois de plus que seul l'intérêt négatif peut sanctionner la responsabilité précontractuelle.

Il est intéressant de relever ici que le concept d'intérêt négatif a suscité les plus violentes oppositions en raison des difficultés de preuve qu'il paraît entraîner [37] : si A se voit refuser par B l'exécution d'un contrat entaché d'un vice qui rend l'acte nul, il pourra toutefois l'actionner en dommages-intérêts précontractuels si les conditions de la *culpa in contrahendo* sont remplies. Il sera cependant très difficile à A de prouver qu'il aurait eu l'occasion de conclure favorablement avec C s'il ne s'était pas cru lié avec B, d'où la prétendue vanité de la notion d'intérêt négatif. Nous ne contestons assurément pas la difficulté de la preuve que A doit rapporter pour bénéficier de la réparation de l'intérêt négatif que nous venons d'envisager. Il nous semble toutefois que l'octroi des dommages-intérêts positifs est subordonné à une preuve encore bien plus délicate, puisque A doit établir qu'il aurait passé le contrat avec B aux mêmes conditions, sans *culpa in contrahendo* de la part de B, alors que B s'entête précisément à refuser l'exécution de la convention nulle en raison du vice qui l'affecte [38]. Il nous paraît en effet incontestablement plus difficile de prouver la venue à chef d'un contrat avec un partenaire qui en refuse l'exécution que celle d'un autre contrat, hypothétique, passé avec un autre partenaire, hypothétique, mais qui, au moins, ne refuse pas d'emblée l'exécution ! La doctrine dominante ne semble pas s'inquiéter de ce paradoxe probatoire entre les intérêts positif et négatif ! A tort.

§ 3. EFFICACITÉ DE L'INTÉRÊT NÉGATIF

Quelques exemples devraient nous montrer qu'il n'est pas nécessaire de recourir aux dommages-intérêts positifs pour assurer une protection efficace à la victime d'une *culpa in contrahendo.* L'intérêt négatif s'avère au contraire largement suffisant dans de très nombreuses hypothèses :

1. JZ 1964 p. 324 : C et D mènent des négociations en vue de la conclusion d'un contrat de travail. D incite C à résilier au plus vite son engagement auprès de B, afin d'être disponible ; D s'empresse de donner à son partenaire des assurances quant à la venue à chef du contrat projeté ; ce dernier ne voit toutefois pas le jour et C se trouve privé de son emploi auprès de B,

[37] Bähr, p. 422 s. ; Gradenwitz, p. 37 s. ; Henrici, p. 151 et 153 ; Keller, p. 19 ; Scherrer, p. 56 s. ; Wiemken, p. 72 s. ; von Büren, p. 82, 210, 211.

[38] Cf. *supra* chap. II notes 6 et 7.

sans avoir acquis une nouvelle position chez D. C ouvre action contre D en réparation du dommage causé ; le BAG admet que D s'est rendu coupable de *culpa in contrahendo* et reconnaît en principe le bien-fondé de la demande. Les juges allemands octroient à la victime une indemnité calculée selon son intérêt négatif au contrat : le créancier C est en droit d'obtenir du débiteur D un montant correspondant au salaire que C aurait acquis en restant au service de B, pendant la période considérée. Le tribunal entend donc dédommager le créancier pour le *Vertrauensschaden* que représente pour lui l'abandon de son emploi auprès de B, à l'exclusion de toute prétention fondée sur l'intérêt positif au contrat qui a été envisagé et discuté, mais dont la conclusion n'a pas abouti avec D.

Il y a tout lieu de penser que les conditions de travail ne sont en général pas très différentes d'un employeur à l'autre, en tout cas dans un système d'économie libérale ; des divergences existent assurément, elles dépendent le plus souvent du hasard du marché, et il nous paraît impossible d'affirmer que D offre des avantages plus grands que B ou inversement. L'un ou l'autre des deux intérêts, positif ou négatif, pourra être le plus grand, suivant les conditions offertes respectivement par B et D. L'hypothèse la plus vraisemblable et la plus fréquente nous paraît être pourtant celle de l'équivalence des deux contrats, donc des deux intérêts, de telle sorte que l'octroi de dommages-intérêts négatifs suffit à couvrir le préjudice subi par la victime.

2. NJW 1965 p. 812 : une société immobilière passe avec l'acheteur une convention sous seing privé portant sur la vente d'un appartement. L'acheteur occupe les lieux durant quelques années, jusqu'au jour où la société l'actionne en restitution du logement en se fondant sur la nullité de la convention écrite. Le BGH refuse à l'acheteur l'exécution en nature, soit l'inscription au registre foncier, mais lui octroie une indemnité correspondant à la réparation pleine et entière de son intérêt à l'exécution du contrat.

Les considérants et le dispositif du jugement ne nous paraissent guère convaincants. Il nous semble en effet douteux qu'une requête de l'acheteur, si insistante fût-elle, eût suffi à décider le vendeur à respecter la forme prescrite pour conclure valablement. Nous pensons au contraire que le vendeur aurait vraisemblablement préféré perdre un client, trop exigeant à ses yeux, plutôt que de renoncer à sa *bonne vieille pratique* des précontrats immobiliers non authentiques [39]. L'acheteur se trouve à notre avis dans une situation beaucoup plus confortable s'il actionne le vendeur en réparation de l'intérêt négatif. Le montant des dommages-intérêts sera d'ailleurs souvent le même dans les deux cas : l'acheteur montrera facilement que, s'il n'avait pas contracté avec la société venderesse, il aurait eu de nombreuses occasions,

[39] Canaris, *Vertrauenshaftung*, p. 292, spéc. note 10.

aujourd'hui perdues, de conclure une affaire similaire avec l'une ou l'autre des sociétés immobilières concurrentes. La voie de l'intérêt négatif nous paraît la meilleure, elle est en tout cas largement suffisante pour assurer la protection de la victime.

Ce deuxième exemple, tiré de la jurisprudence allemande, ne saurait être appliqué tel quel en droit suisse. Il ne faut en effet pas sous-estimer la réserve et la résistance dont les tribunaux helvétiques font preuve lorsqu'il s'agit d'allouer des dommages-intérêts précontractuels en cas de nullité pour vice de forme. Le Tribunal fédéral n'a admis le principe de la responsabilité que dans deux décisions, et encore de manière très restrictive [40]. Les cours cantonales ne semblent guère mieux disposées à l'égard de la *culpa in contrahendo,* même si des dommages-intérêts négatifs sont accordés ici ou là à la victime de la nullité [41]. La doctrine suisse moderne paraît en revanche beaucoup plus favorable à la réparation de l'intérêt négatif en cas de nullité pour vice de forme [42]. La tendance dominante des auteurs contemporains nous permet d'espérer une pénétration, chez nous, de la position adoptée par la jurisprudence allemande : cette dernière présente, à nos yeux, l'avantage d'offrir une solution intermédiaire entre le tout ou rien de la jurisprudence suisse, qui tantôt admet la nullité et n'accorde aucune indemnité, tantôt refuse de prononcer la nullité en invoquant un abus de droit [43].

3. Imaginons le cas où la banque B accorde une augmentation de nominal à son client A, titulaire chez elle d'un compte courant débiteur. La banque B doit être couverte par un cautionnement dont la débitrice, la banque G, est censée lui remettre incessamment l'acte. L'accord de principe est déjà acquis entre les deux établissements bancaires, à la suite de plusieurs entretiens téléphoniques entre leurs directions respectives. A tombe en faillite et la banque G ne remet jamais l'acte de cautionnement à la banque B.

Une chose nous paraît indiscutable : le prétendu cautionnement n'en est pas un puisque la forme écrite n'a pas été respectée [44]. Il n'y a donc pas

[40] RO 49 II 54 c. 2 = JdT 1923 I 514 ; RO 68 II 229 c. 4 = JdT 1943 I 70.

[41] ZBGR 1948 p. 81 N° 38 ; ZBGR 1950 p. 36 N° 13 ; SJZ 51 (1955) p. 299 N° 147.

[42] Schönenberger-Jäggi, N 94 à 96, 98 ad art. 11 CO, N 31 ad art. 16 CO ; Becker, N 15 ad art. 11 CO ; Merz, N 490, 491, 497, 498 ad art. 2 CCS ; von Tuhr-Thilo, § 30 III p. 209 note 27 ; Engel, p. 184 ; Kreis, p. 111 ; Tandogan, *Rapport,* p. 114, spéc. note 52 ; Deschenaux, TDS II/1, p. 182 s. ; Piotet, *Culpa,* p. 136 à 138 ; J. Droin, p. 67.

[43] Piotet, *Culpa,* p. 136 à 138 ; J. Droin, p. 41 à 45, 69 à 71 ; Engel, p. 184 ; le TF voit très bien le danger inhérent à l'abus de droit lorsqu'il écrit : « Admettre l'abus de droit, ce serait, de manière choquante, reconnaître le droit à l'exécution et partant, en principe, à des dommages-intérêts » (RO 90 II 34 c. 4 = JdT 1964 I 358).

[44] Cf. art. 493/1 CO.

de relation conventionnelle entre B et G, le contrat est nul et ne déploie aucun effet juridique. En revanche, il y a à coup sûr *culpa in contrahendo* commise par G au détriment de B, d'autant plus que les deux parties sont des établissements bancaires auxquels l'éthique professionnelle et les usages de la branche imposent le respect de la parole donnée, même par téléphone. En droit strict, B ne pourra toutefois pas se prévaloir de son intérêt à l'exécution du cautionnement puisque le contrat n'est pas valable : B n'a aucune action en conclusion du contrat ni en exécution ni, enfin, en dommages-intérêts pour inexécution. La seule voie qui reste ouverte à B pour agir contre G est celle de l'intérêt négatif dérivant de la responsabilité précontractuelle : une banque ne prend jamais de risques gratuits et B prouvera aisément qu'elle n'aurait jamais accordé à son client A cette facilité sans bénéficier de la garantie de G. G répond vis-à-vis de B de l'augmentation de la perte de cette dernière dans la faillite de A. Ce troisième exemple nous montre une fois de plus que l'intérêt négatif assure au créancier une protection digne de ce nom. Les deux intérêts contractuels sont ici économiquement équivalents [45] et rien ne justifie le recours à l'artifice de l'intérêt positif en matière précontractuelle.

L'action en réparation de l'intérêt négatif nous paraît donc la sanction nécessaire et suffisante de la *culpa in contrahendo*. Il n'est ni juste ni opportun de la doubler d'une autre voie de droit, telle l'action en réparation de l'intérêt positif.

§ 4. LIMITATION DE LA RÉPARATION DE L'INTÉRÊT NÉGATIF

I. La limitation concerne les dommages-intérêts et non le dommage

La reconnaissance de l'action en réparation de l'intérêt négatif comme seule et unique sanction de la *culpa in contrahendo* [46] nous oblige à nous arrêter sur un point délicat et controversé qui domine l'ensemble de notre matière. Il s'agit d'examiner si, oui ou non, les dommages-intérêts négatifs sont limités dans leur quotité par le montant de l'intérêt positif. Il faut bien admettre que ce problème donne aux détracteurs de l'intérêt négatif une

[45] Medicus, JUS 1965 p. 214 ; *idem, Bürgerliches Recht,* § 9 II 3 p. 77 ; Ehmcke, p. 40 ; RO 39 II 97 ; RGZ 143 p. 219.

[46] Cf. *supra* chap. II §§ 1, 2, 3.

occasion rêvée de décocher leurs flèches [47], tant il est vrai que le doute, l'erreur et la contradiction abondent aussi bien dans la loi que dans la doctrine et la jurisprudence. Les articles 26/2 et 39/2 CO sont mal rédigés et surtout mal pensés [48]. Le législateur fédéral de 1911 en porte la responsabilité pleine et entière, d'autant plus qu'il n'est guère excusable. Les travaux législatifs suisses se sont en effet déroulés dans les années qui suivirent la promulgation et l'entrée en vigueur du BGB [49]. La loi allemande aurait pu, sinon éclairer nos légistes, du moins leur éviter certains faux pas. Les §§ 122, 179/2 et 307 BGB ne sont assurément pas parfaits, mais en tout cas compréhensibles, clairs, applicables et, par là même, beaucoup moins mauvais que nos articles 26/2 et 39/2 CO. De surcroît, la doctrine allemande s'est rapidement attachée à l'étude de l'intérêt négatif dans le cadre du BGB et nous ne pouvons pas comprendre pourquoi le législateur suisse a ignoré les contributions brillantes de Wilutzky, Brock et Weinberg [50].

Le législateur est manifestement parti de l'idée que l'intérêt négatif est toujours inférieur à l'intérêt positif [51]. C'est sans doute pour cette raison qu'il a refusé d'insérer dans la loi une limitation expresse, elle eût été superflue [52]. Ce premier pas fut la première erreur. Il faut admettre que l'intérêt négatif est un dommage dont l'étendue dépend des circonstances de fait et que le droit ne saurait en aucun cas limiter comme tel de façon abstraite et arbitraire. L'ordre juridique ne peut nier l'existence d'un préjudice ni en réduire le montant. Il peut limiter ou supprimer l'obligation de le réparer, en fixant un maximum aux dommages-intérêts dus, respectivement en les refusant. L'intérêt négatif considéré comme dommage n'est donc jamais inférieur à l'intérêt positif au niveau du concept [53]. On peut même dire que les dispositions légales des §§ 122, 179/2 et 307 BGB en donnent la meilleure preuve : si le dommage représenté par l'intérêt négatif était par définition inférieur au dommage découlant de l'inexécution, il serait parfaitement

[47] HUPKA, p. 249 ; BÄHR, p. 423 ; SIMONIUS, ZSR 1918 p. 281 à 285 ; VON BÜREN, p. 81, 82, 162, 209 à 211 ; ENGEL, p. 237.

[48] PIOTET, *Culpa,* p. 84.

[49] Le BGB a été promulgué le 18 août 1896 et est entré en vigueur le 1er janvier 1900.

[50] WILUTZKY, *Was gehört zum Vertrauensinteresse ?* Recht 1901 p. 189 ss ; BROCK, *Das negative Vertragsinteresse ;* WEINBERG, *Der Ersatz des negativen Interesses nach bürgerlichem Recht ;* cf. en outre les thèses de L. PETERSEN et de F. LILIE.

[51] PIOTET, *Culpa,* p. 84 ; BACHMANN, p. 110 ; KELLER, p. 111, 113, 254 ; SCHERRER, p. 72 ; WIEMKEN, p. 77 ; SIMONIUS, ZSR 1918 p. 243 ss.

[52] OSER-SCHÖNENBERGER, N 9 ad art. 39 CO ; WIEMKEN, p. 77 ; KELLER, p. 113, note 16, p. 249 note 355, p. 254 ; PIOTET, *Culpa,* p. 88 s. ; cf. toutefois art. 226 i/1 CO.

[53] BROCK, p. 207 ; HUPKA, p. 249 ; HAEUSLER, p. 154 ; WIEMKEN, p. 73 ; KELLER, p. 113 ; SIMONIUS, ZSR 1918 p. 251 et 277 ; PIOTET, *Culpa,* p. 88 ; REINICKE, *Rechtsfolgen,* p. 124 ; EHMCKE, p. 71.

inutile de limiter la réparation du premier au montant du second ! Le problème de la limite ne se pose donc pas au moment du calcul du dommage mais à celui de la fixation de l'indemnité [54]. Les auteurs l'admettent implicitement lorsqu'ils recourent à l'article 43 CO pour parvenir à leur fin, soit la limitation des dommages-intérêts négatifs par les dommages-intérêts positifs [55].

La distinction entre l'étendue du dommage et celle de la réparation correspond aux deux démarches que le juge entreprend successivement [56]. Il doit tout d'abord fixer (en chiffres) la mesure du préjudice dont la victime demande réparation [57]. Il détermine ensuite l'étendue de la responsabilité de l'auteur en arrêtant le montant des dommages-intérêts que ce dernier doit à la victime pour compenser tout ou partie de la perte subie [58]. Le droit suisse admet à cet égard un principe bien établi : les dommages-intérêts embrassent en règle générale toutes les suites préjudiciables de l'acte dont dérive l'obligation de réparer [59]. Il faut donc considérer que la limitation de la réparation de l'intérêt négatif par le montant de l'intérêt positif constitue une dérogation à la loi dans l'hypothèse où le dommage représenté par l'intérêt négatif est supérieur à celui dérivant de l'inexécution. Seules des circonstances spéciales ou des nécessités impérieuses peuvent, à nos yeux, justifier une telle exception aux règles de notre ordre juridique [60] qui, encore une fois, ne renferme aucune disposition fixant le maximum de la réparation de l'intérêt négatif au montant de l'intérêt positif [61]. Quelles peuvent être ces nécessités et ces circonstances et, le cas échéant, sont-elles suffisantes pour faire admettre la limitation *de lege lata ?*

II. Carences du droit

Le droit suisse n'est pas très riche en la matière : la doctrine est peu solide, elle a déjà fait l'objet d'un exposé critique dû à la plume de Piotet en 1963 [62]. Relevons toutefois, par souci de justice, que deux auteurs suisses,

[54] Keller, p. 96 s.

[55] Von Tuhr-Peter, § 12 IV p. 87 note 30 ; von Tuhr-Thilo, § 37 VI p. 262 ; Oser-Schönenberger, N 14 ad art. 26 CO ; Kron, p. 68 ; Wiemken, p. 77.

[56] Oftinger I, p. 51 ; Engel, p. 340.

[57] Oftinger I, p. 150.

[58] Oftinger I, p. 51, 232 s.

[59] RO 50 II 375 c. 4 ; Oftinger I, p. 42 et 45 ; Engel, p. 343 ; von Tuhr-Peter, § 13 I p. 87.

[60] Piotet, *Culpa,* p. 92.

[61] Cf. *supra* chap. II note 52.

[62] Piotet, *Culpa,* p. 88 à 94.

Göschke et Martin, rejettent catégoriquement toute idée de limitation de principe en droit suisse [63], alors que Comment pose le principe de la limite dans le cadre de l'article 109 CO [64], de même que Wiemken [65], d'une façon générale semble-t-il. La jurisprudence est rare, nous n'avons trouvé qu'un seul arrêt, bernois, où le tribunal refusa manifestement d'appliquer le principe de la limitation : il accorda en effet au créancier des dommages-intérêts négatifs correspondant à trois mois de salaire alors que l'intérêt à l'exécution du contrat envisagé était égal à zéro puisque l'exploitation projetée eût été déficitaire [66].

Le droit allemand nous donne des indications précieuses en la matière, bien que les solutions proposées soient bigarrées et fort controversées. Piotet semble méconnaître l'état du droit lorsqu'il prétend que « cette limitation bizarre » n'est généralement pas admise outre-Rhin [67]. Il cite avec pertinence Hildebrandt et Erman [68] à l'appui de son affirmation, mais ce n'est là toutefois qu'une vue partielle et vieillie de la doctrine. Les tribunaux ont abordé ce point ici ou là ; nous constatons cependant, avec le plus grand regret, que les antagonistes se sont entre-déchirés en invoquant parfois la même décision pour renforcer leur prise de position personnelle [69]. L'imprécision de la jurisprudence contribue pour une bonne part à ces affrontements doctrinaux, puisque les tribunaux allemands n'ont, pendant des décennies, jamais tranché clairement le problème que nous examinons ici. Dans un arrêt du 15 mai 1974, le BAG vient pourtant de se prononcer contre la limite des dommages-intérêts négatifs par le montant de l'intérêt positif, sous réserve des exceptions légales prévues aux §§ 122/1, 179/2 et 307/1 BGB [70].

III. **Les partisans de la limitation et leur argument**

Les partisans les plus catégoriques de la limitation sont, parmi les anciens, Hupka [71] et Brock [72] : le développement régulier et souhaitable des relations (pré)contractuelles devrait aboutir à l'exécution parfaite d'une

[63] Martin, ZSR 1914 p. 113 ; Göschke, p. 91.

[64] Comment, p. 152 à 154 ; Keller, p. 254 s.

[65] Wiemken, p. 77 s.

[66] ZBJV 1920 p. 224 c. 5 et 6.

[67] Piotet, *Culpa,* p. 89 note 250.

[68] Cf. *supra* chap. II note 67 ; Hildebrandt, p. 244 ; Erman, p. 331 s.

[69] RGZ 151 p. 357, spéc. p. 358 et 359, invoqué par Esser, § 52 IV p. 379, et Soergel-Siebert, N 18 Vorbem. vor § 275 BGB, pour rejeter la limite et par Ehmcke, p. 73, pour justifier la même limite !

[70] DB 1974 p. 2060 (BAG).

[71] Hupka, p. 249 s.

[72] Brock, p. 207.

convention valable. L'invalidité de l'acte ne saurait en aucun cas procurer au créancier des avantages dépassant ceux qu'il aurait retirés de l'efficacité du contrat. Les parties prennent toujours un risque en négociant et en contractant : celui de voir s'échapper une occasion plus favorable sans pouvoir la saisir, puisque déjà engagées. Un tel danger est inhérent à la vie des affaires et il paraît injuste que le créancier utilise le prétexte de l'invalidité de l'acte pour se soustraire à un risque dont il n'aurait pu prévenir la réalisation et les effets en cas de bonne et fidèle exécution du contrat. Aussi la responsabilité pour intérêt négatif trouve-t-elle sa limite supérieure naturelle dans l'intérêt du créancier à l'exécution de la convention envisagée. Cette idée constitue l'argument classique des adeptes de la limitation qui en font le cheval de bataille de leur argumentation. Elle domine incontestablement les §§ 122, 179/2 et 307 BGB [73] et devrait, d'après eux, s'appliquer à tous les cas d'intérêt négatif non expressément réglés par la loi [74]. Gierke se rallia à cette conception en 1917 [75], Titze [76] en 1929 et Kaduk [77] en 1967. Ses défenseurs les plus récents sont, à notre connaissance, Ehmcke [78], Reinicke [79] et, semble-t-il, Blomeyer [80]. La jurisprudence du Tribunal d'Empire est obscure et dangereuse, elle ne permet pas de déceler quelle était la position de la haute cour en la matière [81]. Seul un vieil arrêt du 15 octobre 1918 exclut clairement la réparation de l'intérêt négatif dans l'hypothèse où l'exécution du contrat aurait entraîné une perte plus lourde pour le créancier [82]. Le BGH s'est prononcé une seule fois avec clarté en faveur de la limitation, mais il semble toutefois avoir abandonné sa jurisprudence par la suite [83]. Quant au BAG, il vient de rejeter sans équivoque le principe même de la limitation des dommages-intérêts négatifs par le montant de l'intérêt positif [84].

[73] RGZ 151 p. 357, spéc. p. 358 s. ; Ehmcke, p. 72.

[74] Halben, p. 56 s. ; Lilie, p. 28 et 46 ; Petersen, p. 63 s. ; Thon, p. 96 s. ; Ehmcke, p. 71, 75 à 78.

[75] Gierke, p. 78 note 63, p. 913 note 29.

[76] Titze, *Handwörterbuch*, p. 521.

[77] Staudinger-Kaduk, N 11 a et 12 a ad § 307 BGB.

[78] Ehmcke, p. 70 à 74, 78.

[79] Reinicke, *Rechtsfolgen*, p. 124 à 126.

[80] Blomeyer, *Schuldrecht*, § 33 III 2 c p. 198.

[81] RGZ 151 p. 357, spéc. p. 358 s. ; RGZ 159 p. 33, spéc. p. 57 ; Nirk, Festschrift Möhring, p. 397 s. ; cf. *supra* chap. II note 69.

[82] Recht 1919 N° 227 (RG).

[83] VersR 1962 p. 562, spéc. p. 563 (BGH) ; BGHZ 49 p. 77, spéc. p. 82 ; BGHZ 57 p. 191, spéc. p. 193 et 197.

[84] DB 1974 p. 2060 (BAG).

IV. Rejet de la limitation

Les adeptes de la limitation ne justifient en général pas leur point de vue par l'apport d'une argumentation nouvelle, comparée à celle de Brock et Hupka [85]. Ils procèdent au contraire par affirmations catégoriques, comme si la règle, tellement évidente, était indigne d'une mention expresse. Leurs adversaires appliquent la même méthode, en sens contraire évidemment. Que peut-il en résulter sinon un dialogue de sourds et surtout une misère juridique des plus décevantes ! La théorie de la limitation ne nous convainc pas et nous approuvons sans réserve le dernier arrêt rendu par le BAG le 15 mai 1974 [86].

L'intérêt négatif doit effacer toutes les séquelles dommageables de l'acte inexistant, nul ou invalide, il correspond à l'intérêt à l'inexistence du contrat [87], soit à l'intérêt que la victime aurait eu à ne pas s'engager dans un rapport juridique qui ne s'est pas formé, qui est nul ou invalidé. Le but et l'effet résolutoires de l'intérêt négatif correspondent à l'idée de rescision qu'il implique et qui en constitue la colonne vertébrale [88]. Comme le contrat envisagé, manqué, doit disparaître sans laisser subsister la moindre trace, nous ne voyons pas pourquoi il faudrait le faire revivre pour la détermination des dommages-intérêts négatifs. La limitation de l'intérêt négatif consiste à ramener le montant de sa réparation à celui de l'intérêt positif hypothétique que l'on refuse d'allouer précisément en raison de l'inefficacité de l'acte. Les intérêts positif et négatif sont deux pôles opposés qui ne tolèrent aucun élément hybride : celui qui est engagé sur la voie de l'intérêt négatif ne peut y insérer aucune composante relevant de l'intérêt positif et inversement. L'admission de la limitation relève d'une méconnaissance profonde de la dualité des deux intérêts qui ne supportent, à nos yeux, ni cumul ni interférence. Toujours est-il que le droit allemand connaît la limite *de lege lata* [89]... La dogmatique n'y trouve assurément pas son compte, il faut bien

[85] Cf. *supra* chap. II § 4 III, spéc. notes 71 et 72.

[86] DB 1974 p. 2060 (BAG) ; ZBJV 1920 p. 224 c. 5 et 6.

[87] Brock, p. 207.

[88] RO 39 II 97 c. 1 ; RO 40 II 370 c. 4 = JdT 1915 I 290 ; RO 41 II 369 c. 3 = JdT 1916 I 98 ; RO 44 II 500 c. 5 ; RO 47 II 183 c. 5 = JdT 1922 I 364 ; RO 49 II 287 c. 2 = JdT 1923 I 621 ; RO 61 II 255 c. 2 = JdT 1936 I 143 ; RO 64 II 9 c. 4 = rés. JdT 1939 I 158 ; RO 90 II 285 c. 3 = JdT 1965 I 130 ; RO 90 II 404 c. 5 a = JdT 1965 I 354 ; SJ 1975 p. 1 c. 4 (TF) ; ZBJV 1911 p. 267, spéc. p. 271 ; ZBJV 1920 p. 224 c. 6 ; ZBJV 1922 p. 395 ; ZBJV 1923 p. 439 c. 9 ; ZBJV 1965 p. 148 ; ZR 26 p. 294 N° 149, spéc. p. 297 ; SJZ 34 (1937/1938) p. 270 N° 50 ; SJ 1963 p. 465, spéc. p. 472 ; Jhering, p. 16, 27 s. ; Gierke, p. 308 ; von Tuhr-Peter, § 12 IV p. 86 s. ; von Büren, p. 81 ; Becker, N 5 à 9 ad art. 26 CO ; Oser-Schönenberger, N 10 à 12 ad art. 39 CO ; Keller, p. 10 ; Cuendet, p. 65 ; Erman-Sirp, N 5 ad § 249 BGB ; Fikentscher, § 49 IV 2 p. 260.

[89] Cf. §§ 122, 179/2, 307 BGB.

le reconnaître. C'est pourquoi nous entendons *limiter la limitation* et ne l'accepter que dans les dispositions exceptionnelles des §§ 122, 179/2 et 307 BGB [90]. L'argument que nous venons de développer a un caractère doctrinal et nous admettons volontiers que sa portée soit limitée.

Il en est un autre, plus pratique, qui nous paraît décisif pour rejeter la limitation : la réalité, incontestable, du risque envisagé par Hupka [91] ne suffit pas à supprimer le lien de causalité entre la *culpa in contrahendo* et le dommage subi [92]. Ce sont donc les exigences de la causalité adéquate qui, lorsqu'elles sont remplies, nous obligent à réparer en principe tout le dommage qui se trouve en relation de cause à effet avec le comportement fautif incriminé. L'adéquation de la causalité représente, à notre avis, le seul critère de distinction entre le dommage réparable et celui qui ne l'est pas. Le recours à la norme de l'intérêt à l'exécution nous paraît artificiel, inutile et étranger à l'idée de la causalité adéquate. Erman [93] l'écarte avec beaucoup de pertinence et relève, en substance, que l'inefficacité du contrat, au niveau des obligations qu'il engendre, entraîne également celle de la convention considérée comme point de référence pour la limite du montant des dommages-intérêts. Imaginons que A et B passent un contrat de vente immobilière portant sur un terrain valant 50 000 francs. L'opération conclue semble parfaite, mais le vendeur A, victime d'une erreur essentielle, entend invoquer ce moyen pour invalider l'acte. L'article 26 CO impose à l'errant A l'obligation de réparer le dommage causé à l'acheteur B par la *culpa in contrahendo* dont il s'est rendu coupable. L'acheteur B, fidèle aux engagements qu'il avait pris envers A, repoussa entre-temps une offre favorable de C, qui lui proposait un terrain équivalent à celui de A pour le prix de 45 000 francs. Admettons que la tendance du marché immobilier soit à la hausse et que les deux terrains de A et de C vaillent chacun 100 000 francs à l'époque prise en considération pour le calcul du dommage précontractuel. L'intérêt positif de B, fondé et calculé sur la base du prix contractuel fixé à 50 000 francs, s'élève à 50 000 francs. Son intérêt négatif s'élève à 55 000 francs : si B n'avait pas déjà contracté avec A, il aurait fait le marché avec C, au prix de 45 000 francs, et serait aujourd'hui propriétaire d'un terrain valant 100 000 francs. L'intérêt négatif de B est donc supérieur de 5000 francs à son intérêt positif. La règle de l'article 26 CO ne doit laisser subsister aucun doute : la *culpa in contrahendo* de A apparaît comme la cause de tout le préjudice correspondant à l'intérêt négatif de la victime B, même et y compris les 5000 francs qui dépassent le montant de

[90] Reichel, AcP 1909 p. 48 ; Erman, p. 331.

[91] Hupka, p. 250 ; cf. *supra* chap. II § 4 III.

[92] Nirk, Festschrift Möhring, p. 398.

[93] Erman, p. 331 s. ; Piotet, *Culpa,* p. 92.

l'intérêt positif [94]. Nous ne voyons aucune raison de réduire de 5000 francs le montant des dommages-intérêts négatifs dus à B par A. C'est en effet parce que B se croyait lié qu'il a décliné l'offre avantageuse de C, alors qu'il aurait eu tout avantage à contracter avec C plutôt qu'avec A. B s'est toutefois comporté avec loyauté en respectant la parole qu'il avait donnée à A. Dans ces conditions, il nous paraît paradoxal et impensable de refuser à B la réparation totale de tout le préjudice qu'il a subi en raison du comportement fautif de A.

La priorité des règles de la causalité adéquate a été relevée par Weinberg en 1903 [95], Lehnsen en 1912 [96], Cohérier en 1939 [97] et Nirk en 1968 [98]. De nombreux auteurs semblent l'admettre implicitement en refusant d'appliquer le principe de la limitation en dehors des §§ 122, 179/2 et 307 BGB, ainsi Häsemeyer, Hildebrandt, Wolf, Esser, Fikentscher, Larenz et Soergel-Siebert [99]. Kunze [100] donne un bon exemple relatif au contrat de travail : l'employeur qui se rend coupable de *culpa in contrahendo* pendant les négociations doit dédommager le travailleur à titre d'intérêt négatif. Le montant du dommage est supérieur à l'intérêt du travailleur à l'exécution du contrat envisagé et projeté dans la mesure où la victime a renoncé aux conditions plus favorables qui étaient les siennes chez son ancien employeur en perspective du nouvel engagement. Même les partisans de la limitation, comme Ehmcke et Reinicke, admettent que la limite ne saurait entrer en ligne de compte lorsque la *culpa in contrahendo* d'un partenaire amène l'autre à passer un contrat défavorable qu'il n'aurait jamais conclu sans elle [101]. Il faut enfin remarquer que la détermination de l'intérêt positif nous paraît souvent impossible dans les cas où la *culpa in contrahendo* empêche la poursuite des négociations et la venue à chef du contrat. On ne peut bien souvent, à ce stade, pas encore deviner la silhouette de la future convention, ni, par conséquent, déterminer l'intérêt positif hypothétique du créancier éventuel.

[94] Ehmcke, p. 71 ; Reinicke, *Rechtsfolgen,* p. 124.

[95] Weinberg, p. 50.

[96] Lehnsen, p. 1404 s.

[97] Cohérier, p. 71 s.

[98] Nirk, Festschrift Möhring, p. 398.

[99] Hildebrandt, p. 244 ; Häsemeyer, p. 298 ; Wolf, p. 145 ; Esser, § 52 IV p. 379 ; Fikentscher, § 20 IV 5 p. 69 s. ; Larenz, *Schuldrecht* I, § 9 I 3 p. 94 ; Soergel-Siebert, N 18 vor § 275 BGB ; Erman-Battes, N 118 ad § 276 BGB ; BGB-RGRK, N 110 ad § 276 BGB.

[100] DB 1974 p. 2060 (BAG) ; Kunze, p. 58.

[101] RGZ 151 p. 357, spéc. p. 359 ; Ehmcke, p. 71 s. ; Reinicke, *Rechtsfolgen,* p. 124 ; Piotet, *Culpa,* p. 91 ; Scherrer, p. 72 à 74.

Les considérations dogmatiques, les exigences de la causalité adéquate et les difficultés que soulève l'application de la limite sont autant d'arguments qui nous poussent à considérer que le principe de la limitation est une hérésie incompatible avec les règles de la responsabilité civile des droits suisse et allemand. Il faut donc rejeter impitoyablement l'idée selon laquelle le montant de l'intérêt positif constituerait la limite supérieure nécessaire et absolue des dommages-intérêts négatifs. L'intérêt négatif n'est pas le parent pauvre de l'intérêt positif et les articles 26/1 et 39/1 CO permettent au créancier d'obtenir la réparation de tout dommage relevant de l'intérêt négatif, sans qu'il soit tenu aucun compte de l'intérêt positif et de son montant.

V. Portée des articles 26/2 et 39/2 CO

On peut maintenant se demander ce qu'il faut faire des articles 26/2 et 39/2 CO. La doctrine et la jurisprudence dominantes semblent ne pas se soucier beaucoup des égarements du législateur [102]. Elles admettent en effet que les deux alinéas visent l'intérêt à l'exécution [103]. Cette interprétation est manifestement contraire au sens historique des articles 26 et 39 CO [104], mais cela ne nous paraît pas constituer en soi un inconvénient très grave. Il faut reconnaître, en effet, que l'intérêt négatif est en général inférieur à l'intérêt positif, même si des exceptions viennent confirmer la règle [105]... On peut donc parfaitement admettre que les exigences de l'équité, doublées ou non de celle de la faute, justifient l'octroi d'une indemnité supérieure correspondant à un dommage supérieur, lui aussi, du moins en règle générale. Notre objection se situe au niveau du recours aux bons offices de l'équité. Nous nous méfions de cette notion vague et dangereuse qui, trop souvent, sert de prétexte à des décisions antijuridiques : on voit le juge moins soucieux d'appliquer le droit en vigueur que de fuir la difficulté, et peut-être sa responsabilité, en choisissant la voie confortable et rassurante du juste milieu... Il en est ainsi de quelques arrêts suisses notamment, où les juges tranchent manifestement selon leur bon plaisir, sous le couvert fort honorable de l'équité [106]. La Cour d'appel bernoise accorde à deux

[102] Piotet, *Culpa,* p. 83 à 88.

[103] Cf. *supra* chap. II note 15.

[104] Piotet, *Culpa,* p. 84 s. ; Keller, p. 117.

[105] Von Tuhr-Peter, § 12 IV p. 87 ; Palandt-Heinrichs, N 2 g Vorbem. vor § 249 BGB ; Bachmann, p. 109 ; Hildebrandt, p. 243 ; Hupka, p. 248 ; Keller, p. 188 et note 220 ; Lemp, p. 57 ; Voser, p. 76 ; Weinberg, p. 36 ; Simonius, ZSR 1918 p. 282.

[106] RO 44 II 500 c. 6 (ce considérant est développé dans Praxis N° 8 p. 45) ; RO 64 II 9 c. 4 = rés. JdT 1939 I 158 ; Martin, *Le Code des Obligations,* p. 64 et 91 ; Thorens, p. 7 ; Staudinger-Kaduk, N 1 ad § 307 BGB.

reprises la réparation de l'intérêt positif à la victime d'un *falsus procurator* dans le but à peine dissimulé d'échapper au calcul délicat de l'intérêt négatif. Pour les besoins de la cause, elle admet sans hésiter l'existence d'une faute et la réalisation des exigences de l'équité [107]. La Cour civile vaudoise, approuvée par le Tribunal fédéral [108], se montre en revanche beaucoup plus compréhensive à l'égard de l'errant, débiteur de l'indemnité de l'article 26 CO : la faute est retenue à la charge du responsable, mais la Cour semble ignorer l'article 26/2 CO. Elle fixe arbitrairement au 30 % des honoraires demandés le montant du préjudice subi par l'architecte et affirme que la somme allouée correspond à la « rémunération du travail effectif », soit l'intérêt négatif.

La comparaison de la décision vaudoise avec l'arrêt bernois le plus récent nous inspire une grande méfiance quant à l'application des articles 26 et 39 CO par nos tribunaux, qu'ils soient vaudois, bernois ou fédéral, de première ou de seconde instance. En effet, il nous paraît regrettable de constater qu'un tribunal accorde une indemnité correspondant à la totalité des honoraires réclamés alors que l'autre n'admet les prétentions du demandeur qu'à concurrence d'un petit tiers ! La situation de fait est pourtant équivalente dans les deux cas : un entrepreneur fournit au maître une prestation sur la base d'un contrat qui s'avère nul, par suite d'invalidation pour erreur essentielle dans le jugement vaudois et en raison de l'absence de pouvoirs de représentation dans la décision bernoise. Dans les deux cas, l'entrepreneur bénéficie d'une action en réparation de l'intérêt négatif au sens des articles 26/1 et 39/1 CO. Dans les deux cas, le juge a la faculté d'allouer des dommages-intérêts supérieurs, si l'équité l'exige, selon le texte même des articles 26/2 et 39/2 CO. Que font les deux tribunaux ? La Cour d'appel bernoise se jette sur l'article 39/2 CO et alloue au demandeur les 6670 francs demandés comme prix des travaux effectués. Elle affirme toutefois que ce même montant correspondrait déjà à l'intérêt négatif de l'article 39/1 CO ; elle se garde bien cependant d'expliquer et de justifier ce point et, surtout, de rendre son jugement sur la base de l'article 39/1 CO, tant cette voie lui semble délicate et périlleuse. La Cour civile vaudoise applique le seul article 26 /1 CO : elle accorde 2000 francs au demandeur, *ex aequo et bono,* alors que le montant des honoraires dépasse 6000 francs, aux dires de deux experts. La Cour civile refuse d'octroyer à l'architecte la part correspondant à son bénéfice et lui alloue une indemnité équivalant à la rémunération du « travail effectif ». Cette solution paraît contraire à celle de la Cour d'appel bernoise qui aurait été prête, en théorie du moins, à admettre, à titre d'intérêt négatif, la totalité des prétentions de l'entrepreneur. Cette dernière différence met en évidence les difficultés que présente

[107] ZBJV 1941 p. 511, spéc. p. 515 ; ZBJV 1965 p. 148.

[108] RO 64 II 9 c. 4 = rés. JdT 1939 I 158.

le calcul de l'intérêt négatif : l'affirmation de la Cour d'appel bernoise nous paraît brutale et laconique. Elle aurait mérité quelques développements. La position de la Cour civile vaudoise est arbitraire : la dissociation entre le *travail effectif* et le *bénéfice* est des plus fantaisistes, surtout lorsque le tribunal évalue le premier à 2000 francs et le second à 4000 francs ! Pourquoi ne pas faire l'inverse, par exemple ?

La confrontation des deux décisions nous amène à faire une autre remarque : l'utilisation des articles 26/2 et 39/2 CO dépend en définitive du hasard de la composition du tribunal. Sans cela, la solution ne varierait pas suivant le for de l'action, bernois ou lausannois ! Et les résultats pratiques seraient certainement moins divergents pour l'architecte vaudois et l'entrepreneur bernois, qui se trouvent pourtant tous deux dans des situations très semblables. Ces constatations ne sont guère à l'honneur de nos tribunaux et l'écart qui sépare les deux décisions examinées nous paraît particulièrement inique. Ces dernières ont été prises pourtant en toute bonne foi, *ex aequo et bono !* L'équité des articles 26/2 et 39/2 CO est illusoire, elle n'est qu'un mirage, raison pour laquelle nous n'avons pas grande confiance en ces deux dispositions que nous préférerions de beaucoup considérer comme non écrites [109]. Elles existent cependant, *de lege lata,* il faut s'en accommoder. Nous pensons à cet égard que la solution classique [110] est la moins mauvaise, puisque l'intérêt négatif est le plus souvent inférieur à l'intérêt positif [111]. Nous y mettons toutefois une double condition :

a) les tribunaux doivent calculer le dommage et ne pas se contenter d'appréciations vagues et approximatives ;

b) il importe d'entreprendre l'apprentissage de l'équité et, par là, son unification. C'est assurément la quadrature du cercle, nous le proposons malgré tout comme mise en garde contre l'arbitraire.

§ 5. MESURE DE LA RESPONSABILITÉ

I. La Zielvertragstheorie

Jhering accordait à la victime de la *culpa in contrahendo* l'action contractuelle de la convention envisagée, malgré la nullité de l'acte. Il admettait que la nullité ne concernait que le but principal du contrat, soit son exécution. Il ne voyait aucun obstacle à ce que la convention déployât certains

[109] PIOTET, *Culpa,* p. 85.

[110] Cf. *supra* chap. II note 15.

[111] Cf. *supra* chap. II note 105.

effets juridiques secondaires, axés vers sa destruction et sa disparition [112]. L'action en réparation de l'intérêt négatif apparaissait donc comme une action contractuelle à part entière [113], et la *culpa in contrahendo* comme une faute purement contractuelle. Sans le dire expressément, Jhering avait créé par là la *Zielvertragstheorie,* qui veut soumettre les rapports précontractuels aux règles gouvernant les relations juridiques issues de la convention valable. Le grand pionnier en a déduit très logiquement que le degré de la diligence requise du débiteur doit être le même lors de l'élaboration et de l'exécution du contrat [114]. La responsabilité se trouve donc soumise aux mêmes conditions et exigences, en ce qui concerne la faute, peu importe que le manquement intervienne dans la formation ou l'exécution de la convention.

La *Zielvertragstheorie* est indiscutablement liée à la mémoire d'un autre juriste allemand dont chacun s'accorde à dire qu'il s'est fourvoyé ; il eut toutefois les plus grandes difficultés à retomber dans l'oubli, pour autant qu'il y soit retombé. Nous pensons à F. Leonhard [115], dont les conceptions se trouvent paradoxalement situées aux antipodes de celles de Jhering, malgré le titre équivalent de leurs études. Leonhard admet une obligation de diligence précontractuelle générale dont la violation fautive [116] engage la responsabilité du débiteur, indépendamment de celle qu'il peut encourir pour cause d'inexécution [117]. Alors que la *culpa in contrahendo* de Jhering survient lorsque la convention projetée échoue, celle de Leonhard présuppose, au contraire, l'existence d'un contrat valable : le débiteur ne répond de son comportement précontractuel que dans la mesure où le contrat vient à chef [118], tout comme pour l'inexécution.

L'ouvrage de Leonhard, très neuf, exerça une grande influence sur la doctrine et la jurisprudence [119] allemandes du début du siècle. Il fallut attendre dix ans jusqu'à ce que le RG parvienne à se débarrasser définitivement de l'exigence d'un contrat valable pour sanctionner la responsabilité précontractuelle. La haute cour franchit toutefois le pas décisif dans une décision célèbre rendue le 5 avril 1922 [120], applaudie par Lévy [121] et von

[112] Jhering, p. 27 s.

[113] Jhering, p. 30, 47 s.

[114] Jhering, p. 48.

[115] Franz Leonhard, *Verschulden beim Vertragsschlusse,* Berlin 1910.

[116] Leonhard, p. 60.

[117] Leonhard, p. 25, 29, 33, 48, 54.

[118] Leonhard, p. 58 s.

[119] RGZ 95 p. 58, spéc. p. 60.

[120] RGZ 104 p. 265 ; cf. en outre RGZ 78 p. 239.

[121] Levy, p. 1313.

Tuhr [122], condamnée par Oertmann [123]. Et la page fut tournée. La théorie de Leonhard est aujourd'hui largement dépassée [124]. Doctrine et jurisprudence admettent que les pourparlers créent entre les parties un rapport légal d'obligation [125], indépendant de la venue à chef du contrat [126].

II. Mesure de la faute

Une survivance curieuse de la *Zielvertragstheorie* nous paraît néanmoins se manifester dans le domaine qui fait l'objet du présent paragraphe. Les auteurs suisses, et surtout allemands, admettent dans une très large majorité que le degré de la faute nécessaire à engager la responsabilité précontractuelle ne saurait être inférieur à celui qui est exigé pour la responsabilité découlant du contrat projeté [127]. C'est dire que le débiteur précontractuel doit bénéficier *ipso jure* de tous les allégements légaux prévus expressément pour tel ou tel type de contrat [128]. Rares sont en revanche les juristes qui ont eu l'idée, inverse, de soumettre la *culpa in contrahendo* à la norme de responsabilité plus sévère qui régit le contrat envisagé [129]. C'eût été pourtant la conséquence logique de leur théorie. Les tribunaux allemands n'ont jamais eu l'occasion de se prononcer pour ou contre la doctrine dominante [130]. Le Tribunal fédéral suisse y fait une allusion, peut-être approbative, en tout cas trop brève pour qu'on puisse en tirer une conclusion générale [131]. La Cour d'appel bernoise, confirmée par les juges de Mon-Repos, semble admettre que le droit des contrats détermine la mesure de la responsabilité d'une façon générale [132]. La jurisprudence suisse est donc rare et incertaine.

[122] Von Tuhr, AcP 1923 p. 359 ss.

[123] Oertmann, AcP 1923 p. 112 ss.

[124] Herz, p. 30 à 33 ; Piotet, *Culpa,* p. 26 et 61 ; Staudinger-Werner, N 31 ad § 276 BGB.

[125] BGHZ 6 p. 330, spéc. p. 333 ; NJW 1976 p. 712 (BGH) ; Erman-Battes, N 107 ad § 276 BGB ; cf. *supra* chap. I § 2 V.

[126] RO 77 II 135 = SJ 1951 p. 481 ; SJ 1975 p. 1 (TF) ; SJ 1963 p. 465, spéc. p. 472 ; SJ 1975 p. 7, spéc. p. 13 s. ; ZBJV 1969 p. 454 c. 3 ; Staudinger-Werner, N 32 ad § 276 BGB ; Palandt-Heinrichs, N 6 b bb ad § 276 BGB.

[127] Dunz-Kraus, p. 43 ; Herz, p. 30, 58 s. ; Hildebrandt, p. 139 ; Nirk, Festschrift Möhring, p. 396, 403 s. ; Rabel, p. 325 s. ; Schürmann, p. 240 ; Titze, *Unmöglichkeit,* p. 226 ; Becker, N 3 ad art. 26 CO, N 4 ad art. 248 CO.

[128] Cf. art. 248/1 et 452/1 CO ; §§ 521, 523/1, 524/1, 599, 600, 690 BGB.

[129] Cf. art. 257, 306/3, 378, 390, 474 CO ; § 701 BGB ; cf. cependant Steinberg, p. 107 s.

[130] Nirk, Festschrift Möhring, p. 397 note 47.

[131] RO 77 II 135 = SJ 1951 p. 481.

[132] ZBJV 1969 p. 454 c. 3, spéc. p. 457.

La tendance doctrinale dominante est un reliquat de la *Zielvertragstheorie*. Elle mérite d'être rejetée pour des raisons identiques à celles qui ont entraîné l'abandon de la théorie de Leonhard. La responsabilité précontractuelle sanctionne une obligation légale dérivant d'un rapport juridique distinct du contrat envisagé. Les pourparlers représentent une entité juridique propre, malgré leur lien géographique et temporel avec la convention projetée. Il n'y a, à notre avis, aucune raison d'assujettir par principe les obligations précontractuelles, légales, aux règles gouvernant les obligations issues de la convention. Ce serait en quelque sorte donner au contrat un effet rétroactif que ne peuvent expliquer ni le droit allemand ni le droit suisse. Il faut à cet égard relever que les auteurs du BGB avaient déjà saisi la dualité des deux rapports d'obligation : ils refusaient en effet de déduire du contrat envisagé la mesure de la diligence due pendant l'élaboration de la convention [133]. Le BGB fut adopté sans que personne, ou presque, ne se souciât des remarques du législateur à ce sujet. Seul Lilie scinda les pourparlers et le contrat : l'appréciation de la faute précontractuelle obéit en principe à une seule et même règle, quelle que soit la convention projetée ; la diligence requise pendant les négociations correspond à celle qui est généralement exigée dans la conduite des affaires, au sens du § 276/1 BGB ; il est exclu de soumettre la *culpa in contrahendo* à la réglementation particulière du contrat envisagé ; l'allégement de la responsabilité du donateur prévu par le § 521 BGB est donc inapplicable à la responsabilité précontractuelle [134]. Trente ans s'écoulèrent avant que Raiser ne mette sérieusement en garde la doctrine dominante contre certaines conséquences illogiques et impossibles de sa position [135] : l'application de la règle du contrat projeté exige qu'il y en ait un et, surtout, que les deux parties envisagent la même convention ! Si tel n'est pas le cas, il faut admettre qu'une diligence pleine et entière incombe aux deux partenaires durant la conduite des négociations. Trois ans plus tard, soit en 1930, Steinberg mentionna la difficulté à propos de négociations où l'une des parties entendait passer un contrat de vente et l'autre une donation. L'auteur refusa d'appliquer les règles particulières de la vente et de la donation. Il rejeta également la règle générale du § 276/1 BGB et proposa de s'en remettre à la libre appréciation du juge. Ce dernier doit alors trancher conformément aux règles de la bonne foi et procéder à la *pesée* des intérêts en présence [136]. Cette proposition vague ne rime à rien puisque tout le droit privé doit être dominé par le principe de la bonne foi ! En 1955, Baumert fit remarquer que la doctrine dominante allait au-devant d'une difficulté insurmontable. Il releva le caractère illusoire

[133] HARTWIEG, p. 736, avec référence aux travaux préparatoires du BGB.

[134] LILIE, p. 43.

[135] RAISER, p. 23.

[136] STEINBERG, p. 109 s.

du remède proposé par Steinberg [137], sans toutefois suggérer une autre solution. Scherrer et Piotet, tous deux partisans de la thèse délictuelle, semblent également rejeter l'assimilation de la responsabilité précontractuelle à la responsabilité contractuelle en ce qui concerne le degré de la faute requise [138].

L'application des règles générales à la *culpa in contrahendo* ne nous paraît pas poser de difficultés particulières en droit suisse ; elle résulte très directement de l'article 99 CO [139]. Elle est indispensable à une ordonnance claire et logique de la responsabilité précontractuelle, elle-même soumise à la réglementation légale générale des articles 97 et suivants CO [140].

III. **Contagion de la Zielvertragstheorie**

L'admission de la *Zielvertragstheorie* en matière de mesure de la responsabilité est une exception fausse et injustifiée au principe de l'application des articles 97 et suivants CO. Elle est de surcroît dangereuse, dans la mesure où elle risque de s'étendre à d'autres modalités de la responsabilité précontractuelle. Nous estimons, par exemple, que seul l'article 127 CO est applicable à la prescription de la créance précontractuelle [141], à l'exclusion des règles propres au contrat envisagé. Nous rejetons donc l'idée de Herz, qui voudrait appliquer à la *culpa in contrahendo* les règles de la convention projetée lorsqu'elles sont plus favorables au débiteur [142]. Ce serait en effet oublier purement et simplement l'indépendance des pourparlers et des obligations issues du contrat. La proposition de Herz nous paraît à cet égard contraire aux droits suisse et allemand. Et pourtant les juristes d'outre-Rhin sont loin d'être d'accord pour appliquer le § 195 BGB à la *culpa in contrahendo !* Weinberg, von Tuhr et Larenz le font sans réserve [143], Schönwald et Scholz avec une réticence ambiguë [144], alors que Nirk, Kaduk, Blomeyer et Fikentscher [145] appliquent les règles du contrat

[137] Baumert, p. 59.

[138] Scherrer, p. 74 s. ; Piotet, *Culpa,* p. 39, 40, 61, 117, 118.

[139] Cuendet, p. 229, 231 à 233 ; Aerni, p. 79 ; pour l'application de l'art. 99 CO à l'intérêt négatif de l'art. 109/2 CO, cf. Göschke, p. 91.

[140] Cf. *supra* chap. I § 2 VII.

[141] Cf. *supra* chap. I § 3 IV.

[142] Herz, p. 62 ; Schwander, p. 93.

[143] Weinberg, p. 158 s. ; von Tuhr, *Allg. Teil* II/1, p. 490 ; Soergel-Siebert, N 26 ad § 179 BGB ; Larenz, *Schuldrecht* I, § 9 I 6 p. 97 ; *idem, Schuldrecht* I, 11e éd., § 9 I 6 p. 102.

[144] Schönwald, p. 54 ; Scholz, p. 47.

[145] Nirk, Festschrift Möhring, p. 412 s. ; Staudinger-Kaduk, N 13 ad § 307 BGB ; Blomeyer, *Schuldrecht,* § 33 III 2 a p. 197 ; Fikentscher, § 20 VII p. 70.

envisagé, malgré de petites nuances propres à chaque auteur cité. La liste n'est de loin pas exhaustive, elle suffit à montrer l'éclatement doctrinal en la matière. La jurisprudence ne peut être évidemment que chaotique, ainsi qu'en témoignent deux parmi les plus récentes décisions du BGH [146]. Cette situation est d'autant plus regrettable qu'elle doit son origine à une erreur dogmatique qui aurait dû disparaître avec la *Zielvertragstheorie*. La longueur du délai du § 195 BGB contribue sans doute pour une large part à ce maintien localisé de la théorie de Leonhard. Nous condamnons toutefois le procédé employé : si la prescription est de trop longue durée, autant revenir en arrière et procéder à une révision législative. Les arguments tirés de la finalité profonde et essentielle (!) des §§ 122, 179/2 et 307 BGB sont inopérants et spécieux [147] : les limitations légales expresses qui y sont prévues s'appliquent au seul montant des dommages-intérêts et non à l'utilisation de l'action dans le temps.

Le danger de la survivance de la *Zielvertragstheorie* ne guette pas seulement la prescription. Il menace en effet toute la réglementation de la *culpa in contrahendo*. Celle-ci risque d'être assimilée à une faute soumise aux règles de la convention envisagée, lesquelles vont s'appliquer indistinctement à l'une et à l'autre. Une exception en appelle une autre, l'erreur s'installe et la confusion gagne la partie ! Nous reprendrons ultérieurement le problème, lors de l'étude du cas fortuit dans l'intérêt négatif [148]. La question se pose de façon aiguë à propos de l'article 185 CO : disons d'emblée que cette disposition critiquée du droit de la vente ne saurait, *a fortiori,* s'appliquer directement aux rapports précontractuels.

[146] BGHZ 49 p. 77, spéc. p. 81 à 83 ; BGHZ 57 p. 191, spéc. p. 197 s. ; PALANDT-DANCKELMANN, N 2 ad § 195 BGB ; dans un arrêt tout récent paru dans NJW 1976 p. 712, le BGH vient d'affirmer que le § 195 BGB est applicable à la responsabilité précontractuelle.

[147] BGHZ 49 p. 77, spéc. p. 82 s. ; STAUDINGER-COING, N 9 a ad § 122 BGB ; STAUDINGER-KADUK, N 13 ad § 307 BGB.

[148] Cf. *infra* chap. IV § 1 III.

CHAPITRE III

L'INTÉRÊT NÉGATIF CONSIDÉRÉ COMME DOMMAGE

§ 1. INTÉRÊT NÉGATIF ET INEXÉCUTION DU CONTRAT

I. Notion de Vertrauensschaden

Nous n'avons, jusqu'ici, pas donné de définition de l'intérêt négatif, sinon dans notre introduction [1]. Nous l'avons en revanche constamment associé à la responsabilité précontractuelle et le considérons comme la sanction unique, nécessaire et suffisante de la *culpa in contrahendo* [2]. L'intérêt négatif est la conséquence des contrats manqués, au niveau de la responsabilité qu'ils peuvent engendrer [3]. Il apparaît à cet égard comme le dommage que le débiteur cause au créancier en l'engageant sur une voie sans issue et en orientant sa confiance dans une direction illusoire [4]. *Confiance,* voilà le mot clé de l'intérêt négatif ! C'est en effet le terme de *Vertrauensschaden* que la loi, la jurisprudence et la doctrine allemandes utilisent le plus souvent pour désigner le préjudice du créancier qui place vainement toute sa confiance dans la venue à chef et l'efficacité d'une convention en réalité inexistante, nulle ou invalide [5]. Les juristes suisses préfèrent parler d'*intérêt négatif* [6]. Peu importe en définitive la terminologie [7], l'unité du

[1] Cf. Introduction, spéc. notes 1, 2, 3, 4.

[2] Cf. *supra* chap. II §§ 1 à 3.

[3] Cf. *supra* chap. I § 4 VII.

[4] ROUBIER, p. 186.

[5] Cf. §§ 122, 179/2, 307 BGB ; NJW 1962 p. 1670 N° 3 (BGH) ; JZ 1964 p. 324 (BAG) ; MDR 1969 p. 641 (BGH) ; BB 1955 p. 429 N° 786 (BGH) ; BB 1957 p. 837 N° 1660 (BGH) ; VersR 1962 p. 562 (BGH) ; DB 1974 p. 2060 (BAG) ; MDR 1975 p. 1016 (BGH) ; SOERGEL-SIEBERT, N 4 ad § 122 BGB, N 23 ad § 179 BGB ; BGB-RGRK, N 6 ad § 122 BGB ; STAUDINGER-COING, N 9 ad § 122 BGB ; STAUDINGER-KADUK, N 11 ad § 307 BGB ; ERMAN-WESTERMANN, N 9 ad § 179 BGB ; ERMAN-BATTES, N 1 ad § 307 BGB ; LARENZ, *Schuldrecht* I, § 27 II 4 p. 312.

[6] HAEUSLER, p. 123 et 154.

[7] SCHENK, p. 1.

concept qu'elle recouvre est seule déterminante [8]. La plupart des auteurs suisses mettent aussi cette idée au centre de l'intérêt négatif : le débiteur répond d'avoir fait naître chez le créancier l'espoir d'un contrat valable, entretenu la confiance que son partenaire avait mise dans cette perspective, enfin déçu et trompé son attente en le laissant seul face à un mirage contractuel [9].

Cette approche de l'intérêt négatif n'est pas fausse et la force de l'habitude l'a consacrée en Allemagne avec une apparence assez solide de logique et de clarté. Elle n'en reste pas moins vague et, par là, sujette à caution, dans la mesure où le dommage issu de la confiance déçue ne nous fournit pas le critère précis d'une distinction scientifique et rigoureuse indispensable. Bien au contraire. Les négociateurs placent en effet leurs espérances dans le résultat final qu'ils cherchent à obtenir, soit l'exécution fidèle et ponctuelle du contrat qu'ils entendent passer. Le reste ne les intéresse guère et le moment de la conclusion de la convention ne prend pas pour eux une importance particulière : c'est une étape intermédiaire, un maillon de la chaîne qui en relie deux autres. La conclusion et la naissance du contrat retiennent l'attention des juristes bien plus que celle du grand public et il faut reconnaître que la confiance des partenaires (pré)contractuels se rattache beaucoup plus à l'efficacité de l'exécution de la convention qu'à la perfection de la conclusion de l'accord passé. Roubier [10] considère ainsi que le *interest ne deciperetur* vise l'intérêt correspondant à l'exécution désirée. Le lien entre l'intérêt négatif et l'(in)exécution apparaît à l'article 109/2 CO. Il est indiscutable que les dommages-intérêts dus par le débiteur morosif sont la conséquence de son attitude anticontractuelle, qui se manifeste dans l'inexécution fautive d'une convention valablement conclue [11]. Nous sommes apparemment bien loin du *Vertrauensschaden* des articles 26/1 et 39/1 CO [12]. Le Tribunal fédéral et le *Handelsgericht* zurichois n'hésitent pourtant pas à rapprocher l'intérêt négatif dérivant de l'inexécution et le *Vertrauensschaden* précontractuel lorsqu'ils affirment que l'indemnité de l'article 109/2 CO correspond à l'intérêt du créancier à la non-conclusion du contrat, « et par là à ce que sa confiance dans le contrat ne fût point trompée » [13]. L'orien-

[8] Weinberg, p. 25.

[9] Simonius, ZSR 1918 p. 234, 254, 277 ; Wiemken, p. 94 ; Haeusler, p. 154 et 161 ; Keller, p. 5, 6, 10, 181.

[10] Roubier, p. 187.

[11] RO 60 II 27 c. 6 = JdT 1934 I 183 ; RO 61 II 255 c. 2 = JdT 1936 I 143 ; RO 63 II 252 c. 3 = JdT 1938 I 2 ; von Tuhr-Escher, § 73 VII p. 157 ; Haeusler, p. 2, 3, 5, 161 ; Honegger, p. 52 ; Cuendet, p. 8, 9, 65 ; Keller, p. 181 s. ; Martin, ZSR 1914 p. 127 ; Simonius, ZSR 1918 p. 243 ; Wiemken, p. 94 ; Becker, N 8 ad art. 109 CO.

[12] Cf. *supra* chap. III note 9.

[13] RO 44 II 500 c. 5, spéc. p. 508 ; ZR 22 p. 193 N° 109 c. 4, spéc. p. 197 ; ZR 46 p. 301 N° 155 c. 3, spéc. p. 303.

tation de la confiance vers l'exécution du contrat correspond à la situation de la majorité des partenaires (pré)contractuels et l'extension du concept de *Vertrauensschaden,* au-delà du cadre précontractuel, ne devrait en principe pas rencontrer d'obstacle. Tout dommage contractuel peut naître de la confiance déçue [14], même si les juristes suisses et allemands donnent à cette expression une portée et un sens précontractuels bien déterminés. Cette observation est plus une précision qu'une critique et nous n'entendons pas mettre à mort le vocabulaire habituel. La terminologie classique est bien ancrée dans les esprits et ne devrait pas nuire à l'intelligence de l'intérêt négatif, malgré sa pertinence très relative. Nous nous en tiendrons donc au langage traditionnel des juristes selon lequel le *Vertrauensschaden* désigne le dommage précontractuel issu des conventions projetées qui s'avèrent inexistantes, nulles ou invalides.

II. L'intérêt négatif de l'article 109 CO

Il résulte des remarques précédentes que le *Vertrauensschaden* précontractuel et l'intérêt négatif ne sont pas nécessairement deux synonymes qui recouvrent une notion toujours identique. Aucun principe juridique ne s'oppose à ce qu'un cas particulier d'intérêt négatif ne corresponde pas au *Vertrauensschaden* précontractuel de la terminologie classique. Les deux notions existent dans l'ordre juridique beaucoup plus que dans la nature des choses. L'intérêt négatif n'est pas une donnée préexistante strictement définie qui s'impose au législateur. Si tel était le cas, il serait apparu bien avant 1861 ! Il est au contraire une création de l'esprit génial de Jhering [15] que les lois suisse et allemande ont reprise en apportant certaines modifications à l'idée initiale de l'auteur [16]. Le droit allemand a maintenu l'intérêt négatif dans le cadre que lui avait fixé Jhering : il correspond au *Vertrauensschaden* dérivant de la *culpa in contrahendo.* Le droit suisse est allé beaucoup plus loin puisqu'il fait de l'action en réparation de l'intérêt négatif un des termes de l'alternative qui s'offre au créancier lorsque le débiteur d'un contrat synallagmatique parfait est en demeure [17].

[14] Honegger, p. 51 et 53 ; Roubier, p. 187 ; Keller, p. 6, 14 à 16 ; Ehmcke, p. 98.

[15] Jhering, p. 1 ss, spéc. p. 15 à 22.

[16] Les droits suisse et allemand connaissent en particulier des cas de responsabilité précontractuelle objective : cf. art. 39/1 CO et §§ 122 et 179/2 BGB.

[17] Cf. art. 107/2 et 109/2 CO.

Cette extension importante du champ d'application de l'intérêt négatif existe *de lege lata* depuis 1911 et il nous paraît impossible de la nier en affirmant qu'elle est inconcevable. C'est pourtant la grave erreur qu'ont commise plusieurs juristes éminents, dont Simonius, suivi par Göschke, Wiemken et Haeusler [18]. Ces auteurs estiment que l'éveil et la déception de la confiance en la validité de l'acte constituent la caractéristique essentielle et nécessaire de l'intérêt négatif. Ce dernier se rapporterait toujours au *Vertrauensschaden* tel que le comprennent et le définissent la jurisprudence et la doctrine classiques [19]. L'article 109/2 CO accorde au créancier une indemnité fondée sur l'inexécution fautive d'une obligation valablement contractée [20]. La validité de la convention s'opposerait par définition à l'octroi du *Vertrauensinteresse,* donc à l'intérêt négatif. Cette conception, largement répandue, nous paraît reposer sur une idée reçue, à savoir que l'intérêt négatif ne peut, par essence, se dégager de son contexte d'origine et déborder le cadre traditionnel de la responsabilité précontractuelle. Cette idée fixe nous paraît fausse, tout comme elle a semblé erronée au législateur de 1911, qui l'a purement et simplement rejetée en votant l'actuel article 109 CO. Il est donc parfaitement inutile de s'entêter à dire et à écrire que l'article 109 CO est faux et inconcevable au niveau des concepts en présence.

Si la critique de Simonius et de ses partisans [21] nous paraît infondée dans l'état actuel du droit, elle est en plus inopportune dans la mesure où la résolution du contrat [22] est insuffisante, à elle seule, à procurer au créancier un dédommagement digne de ce nom. L'article 109 /1 CO donne au créancier une action fondée sur l'enrichissement illégitime qui est peut-être distincte et indépendante de l'action générale des articles 62 et suivants CO [23], mais la mesure de la responsabilité n'en reste pas moins déterminée par l'article 64 CO [24] : la dette de l'*accipiens* est limitée par le montant de son

[18] Simonius, ZSR 1918 p. 254, 255, 277 ; Göschke, p. 21 et 91 ; Wiemken, p. 94 s. ; Haeusler, p. 159 à 161.

[19] Cf. *supra* chap. III note 5 ; Engel, p. 495 ; Cuendet, p. 65.

[20] Cf. *supra* chap. III note 11.

[21] Cf. *supra* chap. III note 18.

[22] Pour la terminologie en français, cf. Comment, p. 139 s. ; von Tuhr-Thilo, § 73 VII p. 550 note 92.

[23] RO 60 II 27 c. 6 = JdT 1934 I 183 ; RO 61 II 255 c. 5 = JdT 1936 I 143 ; Engel, p. 398.

[24] RO 60 II 27 c. 6 = JdT 1934 I 183 ; Oser-Schönenberger, N 4 ad art. 109 CO ; Becker, N 5 et 6 ad art. 109 CO ; von Tuhr-Escher, § 73 VII p. 156 ; Engel, p. 495 ; Comment, p. 143 s. ; Honegger, p. 77 à 79.

enrichissement. Si, comme nous le pensons, il y a lieu de donner la préférence à la *Zweikondiktionentheorie* [25], il faut bien reconnaître que l'enrichi se trouve dans une situation souvent privilégiée, au détriment du *solvens*. Le désavantage que la *condictio* impose en fait à ce dernier doit être compensé d'une autre manière : l'action en dommages-intérêts de l'article 109/2 CO y pourvoit et nous paraît à cet égard parfaitement justifiée. Les dommages-intérêts négatifs viennent en quelque sorte tempérer la rigueur dont l'article 64 CO fait preuve à l'égard du *solvens*. Le Tribunal fédéral l'a très bien compris lorsqu'il affirme que « l'intérêt négatif de l'article 109/2 CO confère au créancier aussi le droit de réclamer la réparation du dommage causé par la perte fortuite de la chose livrée » [26], indemnité qui, *a contrario*, lui serait manifestement refusée sur la base du seul article 109/1 CO. L'association de l'intérêt négatif à la résolution du contrat nous paraît judicieuse, dans la mesure où les dommages-intérêts renforcent considérablement la position du créancier. Sans eux, ce dernier se trouverait en effet réduit à intenter l'action en enrichissement illégitime, dont le succès est constamment menacé par l'absence d'enrichissement au sens de l'article 64 CO. Il faut donc admettre, avec Voser, Comment et Honegger [27], que l'action en dommages-intérêts négatifs se justifie et que notre législation présente sur ce point un avantage incontestable sur le BGB qui, lui, n'accorde aucune indemnité en cas de *Rücktritt* [28]. Une part importante de la doctrine émet un avis différent : elle s'accorde à condamner sévèrement les articles 107 et 109 CO, et tout particulièrement l'octroi de l'action en réparation de l'intérêt négatif [29]. Il est paradoxal de constater que la réglementation suisse de la demeure est décriée dans notre pays alors que la jurisprudence relative au § 326 BGB est attaquée avec véhémence par Stoll qui veut accorder des dommages-intérêts négatifs en cas de *Rücktritt* [30] !

[25] Von Tuhr-Thilo, § 53 II 3 d p. 392 ; Bussy, p. 124 s. ; Comment, p. 144 ; Aerni, p. 72 s. ; *contra :* RO 64 II 132 c. 4 = rés. JdT 1939 I 191 ; pour la controverse entre la *Saldotheorie* et la *Zweikondiktionentheorie,* et ses conséquences pratiques, cf. *infra* chap. IV § 1 II.

[26] RO 60 II 27 c. 6 = JdT 1934 I 183 ; Oser-Schönenberger, N 7 ad art. 109 CO ; von Tuhr-Escher, § 73 VII p. 156 ; Comment, p. 144 et 148 ; Aerni, p. 79 ; cf. *infra* chap. IV note 80.

[27] Voser, p. 86 ; Comment, p. 160 ; Honegger, p. 83.

[28] Cf. § 326 BGB ; Larenz, *Schuldrecht* I, § 22 II p. 248 s. ; Erman-Battes, N 35 ad § 325 BGB.

[29] Cf. *supra* chap. III note 18 ; Bosshardt, p. 82 s. ; Martin, ZSR 1914 p. 127 ; Yung, SJ 1940 p. 440.

[30] Stoll, AcP 1929 p. 153, 163, 165, 167, 171 ; Keuk, p. 160.

B. *Critique de la jurisprudence*

La jurisprudence doit s'accommoder du droit positif. Elle n'a donc pas la liberté de la doctrine qui peut se permettre les évasions les plus lointaines dans le vaste monde du droit désirable. Quand le créancier, et surtout son avocat, déclarent expressément « renoncer à l'exécution, se départir de la convention et réclamer des dommages-intérêts résultant de la caducité du contrat », il nous paraît bien difficile, pour le tribunal, d'échapper aux difficultés de l'intérêt négatif. Et pourtant, notre haute cour elle-même n'hésite pas, quelquefois, à donner une interprétation spécieuse et tendancieuse d'une déclaration de résolution pourtant sans équivoque, dans le but manifeste d'éluder les opérations délicates de l'article 109 CO [31]. Comment fit une analyse critique et nuancée de cette jurisprudence [32]. Il cite une décision bernoise où la Cour d'appel rejette la demande et expose que le créancier ne peut pas déclarer expressément *se départir du contrat* et exiger en même temps la réparation du dommage causé par l'inexécution [33].

La fuite devant l'intérêt négatif apparaît avec le plus de netteté dans l'arrêt rendu par le Tribunal fédéral dans la cause *Renold contre AG für internationalen Warenhandel* [34]. Il s'agissait d'une vente sur appel portant sur la livraison de céréales. Le paiement de la marchandise devait s'effectuer comptant, contre remise de la lettre de voiture. L'acheteur refusa d'appeler et de prendre livraison, se plaçant par là dans la situation du débiteur morosif. Le vendeur suivit la procédure de l'article 107 CO en déclarant explicitement « se départir du contrat et rendre l'acheteur responsable de tout le dommage résultant de la caducité de la vente ». Le *Handelsgericht* zurichois saisit l'occasion qui lui était donnée de motiver sérieusement une des meilleures décisions jamais rendues en matière d'intérêt négatif, aussi bien en Suisse qu'en Allemagne [35]. La Cour cantonale admit tout d'abord que la déclaration du créancier devait être prise à la lettre, dans le sens d'une résolution avec effet *ex tunc*. Elle définit ensuite l'intérêt négatif comme « l'intérêt à l'inexistence du contrat », en précisant que son montant n'est pas, par principe, inférieur à celui de l'intérêt à l'exécution, mais peut, dans certains cas, être supérieur. Les juges examinèrent, au considérant 4, dans quelle mesure le vendeur pouvait réclamer à titre d'intérêt négatif la différence entre le prix contractuel et le prix de marché (inférieur) à l'époque de la résolution : la marchandise avait un prix courant ou un cours

[31] Arrêt *Pesaro* du 27 avril 1917, non publié, cité dans RO 44 II 500 c. 4 ; RO 41 II 672 c. 7 ; RO 44 II 172 = JdT 1919 I 295 ; RO 76 II 300 c. 3 = JdT 1951 I 267.

[32] COMMENT, p. 74 à 78, 137 s.

[33] ZBJV 1923 p. 592 ; COMMENT, p. 75, 76, 138.

[34] RO 49 II 28 = JdT 1923 I 370.

[35] ZR 22 p. 193 N° 109.

en bourse, il fallait donc admettre que si le vendeur n'avait pas passé le contrat avec l'acheteur morosif il aurait assurément trouvé un autre preneur aux conditions du moment. L'affaire aurait été faite avec le tiers acquéreur et le vendeur n'aurait pas subi le préjudice résultant de la chute du cours. Il parut donc juste d'accorder au vendeur la réparation de l'intérêt négatif correspondant à la différence entre le prix de la marchandise au moment de la conclusion et celui qu'elle avait lors de la résolution. Le tribunal releva de surcroît que le mode de calcul utilisé correspondait au calcul abstrait de l'article 215/2 CO, en général applicable à la fixation de l'intérêt positif. Les juges ne retinrent pas cette objection et admirent judicieusement l'application de l'article 215/2 CO au calcul de l'intérêt négatif, vu l'analogie des deux situations. Ce jugement zurichois, solidement motivé, fait figure de pièce rare dans la collection jurisprudentielle en matière d'intérêt négatif. Sa concision, sa clarté et sa pertinence auraient dû faire de lui un exemple impérissable de qualité. Hélas, il n'en fut rien. Le Tribunal fédéral fut en effet saisi d'un recours, il confirma le dispositif du jugement mais renversa malheureusement les considérants, en dédommageant le vendeur au titre de l'intérêt à l'exécution [36]. Que pouvait devenir le brillant jugement zurichois sinon retomber dans l'oubli méprisé des décisions infirmées par le Tribunal fédéral !

Un autre arrêt du Tribunal fédéral illustre bien l'embarras dans lequel le calcul de l'intérêt négatif plonge nos tribunaux [37] : les juges de Mon-Repos analysent au considérant 5 tous les postes de dommages allégués par le demandeur au titre de l'intérêt négatif. Ils reconnaissent le bien-fondé théorique d'une partie d'entre eux, mais les écartent tous, *in casu,* faute de preuve suffisante. Jusqu'ici l'arrêt est excellent. Les choses se gâtent malheureusement au considérant 6 où le Tribunal fédéral prend le demandeur en pitié et lui accorde, malgré l'échec de la preuve, une somme de 10 000 francs destinée à compenser quelque peu les frais importants engagés en pure perte à l'occasion du contrat réduit à néant.

III. Nature juridique de l'action en réparation de l'intérêt négatif

Après avoir examiné et critiqué la doctrine et la jurisprudence relatives à l'article 109/2 CO, examinons un instant la nature juridique de l'indemnité et les conséquences pratiques qui en découlent. L'article 109 CO innove en élargissant le champ d'application de l'intérêt négatif. Ce dernier sort de

[36] RO 49 II 28 c. 4 = JdT 1923 I 370.

[37] RO 44 II 500 c. 1 à 5, Praxis N° 8 p. 40 c. 6.

son cadre précontractuel traditionnel [38], il cesse d'être le *Vertrauensschaden* de la terminologie classique [39] et devient le dommage causé au créancier par le débiteur en demeure. L'intérêt négatif apparaît comme la conséquence immédiate de la demeure ou, plus exactement, comme la conséquence directe de la résolution, provoquée elle-même par l'exercice du droit formateur appartenant au créancier du débiteur morosif selon l'article 107/2 CO [40]. L'action en dommages-intérêts de l'article 109/2 CO est en définitive la conséquence de l'inexécution ou de la mauvaise exécution du contrat [41]. Il est donc logique de la considérer comme une action contractuelle et de la soumettre aux règles gouvernant la violation des contrats [42]. L'action contractuelle de l'article 109/2 CO tire son origine du contrat résolu lui-même, sans pour autant que la logique du droit soit bafouée [43] : « La convention garde la force de révoquer ses effets antérieurs. » [44] La responsabilité pour intérêt négatif de l'article 109/2 CO nous paraît en conséquence soumise aux dispositions spéciales du contrat anéanti et, subsidiairement, à la réglementation contractuelle générale des articles 97 et suivants CO. C'est en cela qu'elle se distingue de la responsabilité précontractuelle : cette dernière est en effet détachée de la convention projetée, elle se fonde directement sur la loi et se trouve régie par les seules prescriptions générales des articles 97 et suivants CO. L'abandon total de la *Zielvertragstheorie* nous interdit de recourir aux règles particulières propres au contrat projeté [45]. La différence d'origine et de régime juridique entre les responsabilités à raison de l'intérêt négatif précontractuelle d'une part, contractuelle d'autre part, n'entraîne cependant pas des divergences profondes entre les destins respectifs des deux types d'obligation. Les règles sont en principe les mêmes puisque la responsabilité contractuelle est soumise elle aussi, par excellence, aux articles 97 et suivants CO, tout comme la responsabilité précontractuelle [46]. Nous n'examinerons ici que deux problèmes, dont la solution

[38] Cf. *supra* chap. III § 1 I et II.

[39] Cf. *supra* chap. III note 5.

[40] HAEUSLER, p. 3.

[41] Cf. *supra* chap. III note 11.

[42] RO 60 II 27 c. 6 = JdT 1934 I 183 ; RO 61 II 255 c. 2 et 4 = JdT 1936 I 143 ; VON TUHR-ESCHER, § 73 VII p. 157 ; BECKER, N 8 ad art. 109 CO ; VON BÜREN, p. 380 note 83 ; SCHWANDER, p. 90 ; KELLER, p. 254 s. ; GÖSCHKE, p. 91 ; SCHERRER, p. 71 ; avec une nuance, COMMENT, p. 151 s.

[43] RO 60 II 27 c. 6 = JdT 1934 I 183 ; RO 61 II 255 c. 2 = JdT 1936 I 143 ; BECKER, N 8 ad art. 109 CO ; VON TUHR-ESCHER, § 73 VII p. 156 s.

[44] GIERKE, p. 308, repris dans RO 60 II 27 c. 6 = JdT 1934 I 183 et RO 61 II 255 c. 2 = JdT 1936 I 143.

[45] Cf. *supra* chap. II § 5.

[46] Cf. *supra* chap. I § 2 VII.

présente peut-être quelques particularités dans le cadre de l'article 109 CO [47]. Nous pensons à la prescription et aux clauses limitatives de responsabilité. L'engagement de la caution pour l'intérêt négatif dû par le débiteur morosif soulevait quelques difficultés dans l'ancien droit [48]. La révision du 10 décembre 1941 mit fin à l'incertitude et l'actuel article 499/2 chiffre 1 CO donne une réponse négative à cette question, sous réserve d'une convention contraire.

IV. Prescription de l'action en réparation de l'intérêt négatif

La nature contractuelle de l'action de l'article 109/2 CO [49] exige, à première vue, que cette dernière soit soumise à la prescription décennale de l'article 127 CO. C'est en tout cas la solution généralement admise par la doctrine [50] et la jurisprudence [51]. Quant à l'action de l'article 109/1 CO, l'ancienne doctrine voulait lui appliquer la prescription annale de l'article 67 CO [52]. Le Tribunal fédéral ne l'entendit pas de la sorte et décida de soumettre l'action en répétition au même régime que l'action en dommages-intérêts, soit à la prescription générale de dix ans [53]. Ces quelques points paraissent bien tranchés et surtout incontestés en droit positif. Deux questions importantes restent pourtant ouvertes.

A. *Délai applicable*

On peut tout d'abord se demander dans quelle mesure la prescription de l'action en exécution, dans les cas où elle est inférieure à dix ans [54], s'applique à l'action en dommages-intérêts de l'article 109/2 CO. Ni les

[47] Cf. *supra* chap. I § 3.

[48] Becker, N 5 ad art. 97 CO ; contre la responsabilité de la caution : RO 48 II 263 ; Becker, N 21 ad art. 492 CO, N 3 ad art. 499 CO ; Oser-Schönenberger, N 2 ad art. 109 CO ; Comment, p. 152 ; pour la responsabilité de la caution : Becker, N 8 ad art. 109 CO ; Göschke, p. 91.

[49] Cf. *supra* chap. III § 1 III, spéc. note 42.

[50] Becker, N 4 ad art. 109 CO ; von Büren, p. 380 note 83 ; Comment, p. 155 ; Göschke, p. 91 ; Schwander, p. 90.

[51] RO 60 II 27 c. 6 = JdT 1934 I 183 ; RO 61 II 255 c. 1 et 5 = JdT 1936 I 143.

[52] Von Tuhr-Thilo, § 73 VII p. 551 note 100 ; Comment, p. 145.

[53] RO 60 II 27 c. 6 = JdT 1934 I 183 ; RO 61 II 255 c. 1 et 4 = JdT 1936 I 143.

[54] Peu importe que la courte prescription soit fixée par la loi (art. 315 CO) ou par une convention entre les parties ayant pour objet le remplacement du délai légal par un délai conventionnel plus court ; pour la licéité d'une modification conventionnelle de la prescription, cf. RO 63 II 180 = JdT 1937 I 521 ; SJZ 51 (1955) p. 212 N° 118 ; Oser-Schönenberger, N 3 ad art. 129 CO ; Schwander, p. 3 ; Engel, p. 543 ; von Tuhr-Escher, § 80 III 3 p. 217.

tribunaux ni la doctrine ne se sont prononcés jusqu'ici sur ce point. En revanche, il semble que l'action en dommages-intérêts positifs soit soumise, le cas échéant, à la courte prescription de l'action en exécution [55]. Les dommages-intérêts pour inexécution ne sont pas l'objet direct et premier de la prestation ; ils constituent au contraire un développement et un prolongement de la prétention initiale, qui tend à l'exécution. L'action en dommages-intérêts positifs est issue de la créance initiale, dont elle est inséparable. Cette unité explique l'identité du destin de l'action en exécution et de l'action en dommages-intérêts positifs [56]. Voilà pourquoi nous entendons soumettre les deux actions à la même prescription [57].

L'application de ces remarques à l'intérêt négatif ne va évidemment pas sans difficulté puisque ce dernier, à l'opposé de l'intérêt positif, vise à effacer toutes les traces du contrat résolu ! On pourrait toutefois se baser sur l'origine contractuelle de la prétention de l'article 109/2 CO [58] et soutenir que cette action ne saurait être soumise à une prescription plus longue que celle tendant à l'exécution du contrat, en nature ou en espèces. Le Tribunal fédéral a effleuré l'hypothèse inverse, où l'action en dommages-intérêts positifs pouvait être soumise à une prescription plus longue : il a rejeté cette différence en affirmant qu'il serait incompréhensible de défavoriser, au niveau de la prescription, le créancier qui opte pour la résolution du contrat en lieu et place des dommages-intérêts pour inexécution. Notre haute cour a donc décidé d'appliquer l'article 127 CO à l'action en réparation de l'intérêt négatif [59]. Les juges auraient-ils cette même idée d'égalité dans le cas qui nous intéresse ? Accepteraient-ils de réduire le délai de prescription de l'action de l'article 109/2 CO afin qu'il soit identique à celui qui s'applique à l'action en exécution ? La question nous embarrasse, nous n'entendons pas la trancher définitivement.

B. *Point de départ de la prescription*

On peut ensuite se demander, dans le prolongement de la question précédente, quel est le point de départ de la prescription de l'action de l'article 109/2 CO. Une incursion dans le domaine de l'intérêt positif nous paraît

[55] Becker, N 4 ad art. 97 CO ; Schwander, p. 85.

[56] SJZ 53 (1957) p. 201 N° 96 ; von Tuhr-Escher, § 68 III p. 104 ; Oser-Schönenberger, N 12 Vorbem. zu Art. 97-109 CO, N 3 Vorbem. zu Art. 41-61 CO ; Barth, p. 67 ; Schwander, p. 84 ; Cuendet, p. 170 s. ; cf. *supra* chap. II § 2 I.

[57] Becker, N 4 ad art. 97 CO ; Schwander, p. 84, 85, 89.

[58] Cf. *supra* chap. III § 1 III, spéc. note 42.

[59] RO 61 II 255 c. 4 = JdT 1936 I 143.

indispensable. Comment [60] et Becker [61] se déterminent en faveur du moment où le débiteur connaît l'option du créancier, soit au plus tôt à l'expiration du délai convenable. Schwander [62], et avant lui von Tuhr [63], estiment que la prescription de l'action en exécution continue à courir pour l'action en dommages-intérêts positifs exactement comme si elle se rapportait à l'action en exécution elle-même. Cette dernière solution est seule compatible avec le principe de l'unité de la créance. L'octroi d'un nouveau délai de dix ans courant dès l'option du créancier aboutirait, de surcroît, à la reconnaissance d'une nouvelle cause d'interruption de la prescription, ce qui serait manifestement contraire à l'article 135 CO [64]. La solution de Schwander et von Tuhr nous paraît donc plus juste, en tout cas en matière d'intérêt positif. Elle est en revanche inapplicable à l'action en réparation de l'intérêt négatif. Le Tribunal fédéral soumet les deux actions de l'article 109 CO à la même prescription [65]. Il est évident que l'action en répétition ne peut être exercée, ni sa prescription commencer à courir, avant la déclaration de résolution du contrat ! Le régime juridique identique des deux actions fait que la prescription de la prétention en dommages-intérêts ne peut pas non plus commencer à courir avant ce moment. On en arrive donc fatalement au système de Comment [66], que Schwander lui-même adopte dans le cadre de la réparation de l'intérêt négatif [67] ! Nous sommes obligé de reconnaître qu'il est le seul praticable, avec le regret toutefois de sacrifier le principe de l'unité de la créance. Le mal n'est pas bien grand car ce principe est peut-être inapplicable dans le cadre de l'article 109 CO [67].

V. Clauses limitatives de responsabilité

Le débiteur contractuel peut s'exonérer des conséquences de son inexécution fautive dans les limites des articles 100 et 101/2-3 CO [68]. Une telle clause paralyse ou restreint considérablement l'exercice de l'action en dommages-intérêts positifs appartenant au créancier. Quel est son effet sur la créance en réparation de l'intérêt négatif ? On peut considérer que la

[60] COMMENT, p. 136.

[61] BECKER, N 5 ad art. 130 CO.

[62] SCHWANDER, p. 84, 89, 90.

[63] VON TUHR-ESCHER, § 68 III 5 p. 104, § 80 IV p. 221 note 82 a ; RO 20 p. 1018 c. 4 ; RO 53 II 336 c. 3 b = JdT 1928 I 323 ; RO 87 II 155 c. 3 a = JdT 1962 I 192.

[64] SCHWANDER, p. 85, 89, 90.

[65] Cf. *supra* chap. III note 53.

[66] COMMENT, p. 136 et 156.

[67] SCHWANDER, p. 90.

[68] Cf. *supra* chap. I § 3 V.

prétention contractuelle [69] de l'article109/2 CO se rattache à l'inexécution [70], exactement comme l'action en dommages-intérêts positifs. Il serait dès lors surprenant de penser que la limitation de responsabilité soit réduite à néant par le biais de la résolution accompagnée de dommages-intérêts négatifs. Il semble en tout cas que les partenaires désireux d'écarter les conséquences fâcheuses de l'inexécution veulent donner à leur accord une portée générale et valable quelle que soit l'option du créancier au sens de l'article 107 CO. Cette option est de surcroît une affaire de techniciens, réservée aux juristes, qui sont eux-mêmes souvent mal à l'aise dans ce domaine [71]. A plus forte raison les laïcs ont-ils le droit de l'ignorer et de ne pas y penser en rédigeant leurs conventions ! L'efficacité de la clause limitative, en matière d'intérêt négatif, nous paraît donc conforme à la volonté des contractants. Ces derniers envisagent en général l'inexécution comme un tout et il serait contraire à la bonne foi de faire après coup des distinctions et des dissections auxquelles aucun des partenaires n'a jamais songé. Le refus de prendre en considération la clause limitative, à l'article 109/2 CO, aboutirait enfin à un résultat absurde : les créanciers, et surtout leurs conseils, finiraient bien par connaître l'état du droit et opteraient toujours pour la réparation de l'intérêt négatif. La responsabilité du débiteur se trouverait systématiquement engagée, à l'encontre du texte et de l'esprit de la convention !

On ne s'est guère occupé de ce problème jusqu'ici. Le Tribunal fédéral y a fait une allusion discrète et réservée dans la cause *Officine Insubri contre Werkzeugmaschinenfabrik Oerlikon* [72]. Les parties au contrat de vente avaient inséré dans leur convention une clause ainsi libellée : « Si de notre propre fait un délai de livraison garanti est dépassé, le client ne pourra en aucun cas demander à titre d'indemnité plus que $^1/_2$ % du prix tout net pour chaque semaine de retard entière, ni au total plus de 3 %, pourvu que les dommages subis par lui soient au moins d'autant. Ni les indemnités d'autre nature ni l'annulation de la commande ne peuvent être exigées. » [73] La rédaction de cette clause illustre bien les remarques que nous venons de faire : les parties entendent en principe s'exonérer de façon générale, quel que soit le parti pris par le créancier. Seul un accord contraire exprès nous paraît réservé. Le Tribunal fédéral ne semble toutefois pas avoir adopté cette manière de voir. Par deux fois, il fit une allusion négative à l'efficacité de l'exonération dans le cadre de l'article 109/2 CO [74]. Il contesta l'application directe de la clause, tout en reconnaissant que les parties avaient

[69] Cf. *supra* chap. III § 1 III, spéc. note 42.

[70] Cf. *supra* chap. III § 1 I, spéc. note 11.

[71] COMMENT, p. 161 ; YUNG, SJ 1940 p. 442.

[72] RO 44 II 500 c. 1 à 5, Praxis N° 8 p. 40 c. 6.

[73] RO 44 II 500, spéc. p. 500 et 501.

[74] RO 44 II 500 c. 4, Praxis N° 8 p. 40 c. 6.

envisagé des dommages-intérêts limités [75]. La logique ne trouve assurément pas son compte dans ces considérants obscurs et contradictoires ! Le Tribunal fédéral eût été peut-être bien inspiré de ne pas aborder le problème dans de telles conditions. L'arrêt nous montre néanmoins les difficultés que peuvent entraîner certaines clauses contractuelles, une fois la convention résolue. Nous l'avons déjà relevé à propos du cautionnement [76] ; nous pourrions encore poser le problème de la réalisation du gage pour garantir la créance en dommages-intérêts négatifs. Gage et caution sont les accessoires de la créance [77], leurs destins sont à cet égard identiques et nous imaginons mal qu'un tribunal n'applique pas au gage le régime juridique légal du cautionnement [78].

La réparation de l'intérêt négatif permet de réaliser pleinement le but résolutoire de la rescision, qui anéantit la totalité de la convention avec effet *ex tunc* [79]. Le contrat n'en demeure pas moins existant sous une certaine forme, et cela dans deux directions différentes :

1. La résolution est inopérante à l'égard des transferts de propriété déjà effectués : ceux-ci ont été faits sur la base d'un contrat valablement conclu, la *causa* ne fait pas défaut et le transfert reste pleinement valable. C'est ce que l'on entend en parlant de l'*effet obligatoire* de la résolution, par opposition à l'*effet réel* [80].

2. Le contrat résolu, ou plus exactement son inexécution, est la source de l'action en réparation de l'intérêt négatif de l'article 109/2 CO. La prétention est de nature contractuelle [81] et sa cause réside précisément dans la convention valablement conclue, puis résolue [82].

Il est donc faux d'affirmer sans réserve que le contrat doit disparaître sans laisser subsister la moindre séquelle. L'efficacité de la clause limitative de responsabilité, en matière d'intérêt négatif, nous a paru conforme à la logique et à la volonté des parties, interprétée à la lumière des règles de la bonne foi. Elle ne nous semble pas contraire à la structure théorique de la

[75] Praxis N° 8 p. 40 c. 6.

[76] Cf. *supra* chap. III § 1 III, spéc. note 48.

[77] Cf. art. 114/1 CO ; OSER-SCHÖNENBERGER, N 2 ad art. 114 CO.

[78] Cf. art. 499/2 chiffre 1 CO.

[79] OSER-SCHÖNENBERGER, N 2 ad art. 109 CO ; BECKER, N 1 ad art. 109 CO ; VON TUHR-ESCHER, § 73 VII p. 155 s.

[80] OSER-SCHÖNENBERGER, N 5 ad art. 109 CO ; BECKER, N 2 ad art. 109 CO ; VON BÜREN, p. 380 note 81 ; ENGEL, p. 404 ; VON TUHR-ESCHER, § 73 VII p. 155 s. ; BIEDERMANN, p. 103 s. ; COMMENT, p. 141 à 144.

[81] Cf. *supra* chap. III note 42.

[82] Cf. *supra* chap. III § 1 III, spéc. notes 43 et 44.

résolution et de l'intérêt négatif de l'article 109 CO. Nous sommes donc prêt à admettre que la clause exonérant le débiteur des conséquences de l'inexécution vaut de façon identique dans le cadre des deux actions en réparation des intérêts positif et négatif.

§ 2. LA RÉPARATION DU DOMMAGE

I. La conception classique et dominante

Qu'il soit issu d'une faute dans l'exécution de la convention ou d'une *culpa in contrahendo,* l'intérêt négatif correspond dans chaque cas au dommage subi par le créancier. Aussi nous paraît-il indispensable d'examiner la notion de dommage, d'en exposer rapidement la conception traditionnelle en Suisse et en Allemagne, enfin d'en tirer quelques leçons que nous espérons mettre à profit dans l'approche de l'intérêt négatif.

On peut définir le dommage comme « l'atteinte portée à l'intégrité de la personne ou du patrimoine d'un sujet de droit », ou, ce qui revient au même, comme « la lésion d'un intérêt patrimonial » [83]. On entend par dommage l'intérêt du créancier à la non-survenance de l'événement préjudiciable, soit le montant de la perte qu'éprouve le lésé, compte tenu de toutes les circonstances particulières et propres à sa personne et à sa situation patrimoniale [84]. Von Tuhr le définit comme « une diminution de patrimoine » et précise que cette dernière doit se produire contre la volonté du propriétaire, ou du moins sans son consentement [85]. La détermination de la quotité du dommage s'effectue par la comparaison de l'état actuel du patrimoine, après l'événement dommageable, avec son état hypothétique tel qu'il serait au moment fixé pour le calcul, si l'événement dommageable ne s'était pas produit. Ce mode de calcul, par soustraction, s'intitule *théorie de la différence* [86]. Friedrich Mommsen, qui en fut l'auteur en 1855 [87], analysa le *id quod interest* comme une comparaison, une différence entre deux états du patrimoine, considéré comme un tout [88].

[83] NEUNER, p. 277.

[84] RO 87 II 290 c. 4 a = JdT 1962 I 290 ; CUENDET, p. 58 s. ; Engel, p. 323 s. ; VON TUHR-PETER, § 15 II p. 116 s.

[85] VON TUHR-PETER, § 12 II p. 83 s.

[86] La théorie de la différence que nous envisageons ici ne doit pas être confondue avec la *Differenztheorie* que l'on oppose à la *Austauschtheorie* en matière de calcul des dommages-intérêts positifs, cf. à ce sujet ENGEL, p. 493 s.

[87] MOMMSEN, *Zur Lehre vom Interesse,* p. 3 s.

[88] MERTENS, p. 18 ; KEUK, p. 11 et 15 ; HONSELL, JUS 1973 p. 69.

L'idée de Mommsen a fait son chemin et elle est devenue l'une des lignes directrices du droit de la responsabilité civile. La doctrine dominante la consacre en Allemagne [89] et il y a unanimité, en Suisse, pour la considérer comme le mode de calcul du dommage par excellence [90]. Les tribunaux prétendent l'appliquer [91], mais nous verrons que tel n'est pas le cas, bien souvent. Le principe de la réparation totale du préjudice subi [92] exige que la victime soit dédommagée du gain manqué comme de la perte effective. Celle-ci consiste en la destruction ou la lésion de valeurs qui faisaient déjà partie du patrimoine du lésé lors de la survenance du dommage. Celui-là se rapporte à des valeurs qui devaient venir s'ajouter et augmenter ainsi le patrimoine du lésé [93]. Le *damnum emergens* et le *lucrum cessans* sont les formes traditionnelles du dommage : ils sont soumis à un régime juridique en principe identique et doivent être réparés tous deux, lorsque les conditions de la responsabilité sont réalisées [94]. Les extrêmes difficultés de la qualification [95] ont incité le législateur de 1911 à renoncer à l'ancienne distinction entre le dommage direct et indirect [96]. L'article 116 du code de 1881 n'a pas d'équivalent dans la loi de 1911 et les deux types de dommage sont actuellement mis sur pied d'égalité [97]. Les règles que nous venons de mentionner s'appliquent en matière délictuelle et contractuelle, par le renvoi de l'article 99/3 CO aux articles 41 et suivants CO [98]. On peut donc dire, en Suisse comme en Allemagne, que tout préjudice se trouvant

[89] Fikentscher, § 55 I 2 p. 291 s. ; Larenz, *Schuldrecht* I, § 29 I p. 338 s. ; Palandt-Heinrichs, N 2 et 2 b Vorbem. vor § 249 BGB ; Erman-Sirp, N 4 ad § 249 BGB ; Staudinger-Werner, N 9 Vorbem. vor §§ 249-255 BGB ; Fischer, p. 21 ; Medicus, *Id quod interest*, p. 127 ; Weyers, p. 39 s.

[90] Becker, N 6 ad art. 41 CO ; von Büren, p. 42 ; Oftinger I, p. 41 s. ; Engel, p. 323 ; von Tuhr-Peter, § 12 III p. 84 ; Lemp, p. 146 ; Keller, p. 2 ; Barth, p. 82 s.

[91] RO 64 II 137 c. 3 c = JdT 1938 I 621 ; RO 71 II 86 c. 4 = JdT 1945 I 562 ; RO 87 II 290 c. 4 a = JdT 1962 I 290 ; RO 90 II 417 c. 3 = JdT 1965 I 226 ; SJZ 54 (1958) p. 185 N° 105 ; BGHZ 40 p. 345, spéc. p. 347 ; BGHZ 45 p. 212, spéc. p. 218 ; VersR 1962 p. 562, spéc. p. 563 (BGH).

[92] Von Tuhr-Peter, § 13 I p. 87 ; Engel, p. 343 ; Oftinger I, p. 42 et 45 ; Palandt-Heinrichs, N 2 e Vorbem. vor § 249 BGB ; Keuk, p. 9, 11, 12.

[93] Von Tuhr-Peter, § 12 III p. 85 ; Engel, p. 324 ; Oftinger I, p. 42 ; Oser-Schönenberger, N 10 ad art. 97 CO ; Fischer, p. 49 ; Weissenbach, p. 21 ; Barth, p. 88 s. ; Keuk, p. 17.

[94] RO 50 II 375 c. 4 ; Becker, N 7 ad art. 41 CO ; Oftinger I, p. 150 ; von Tuhr-Peter, § 13 I p. 87 ; Erman-Sirp, N 4 ad § 249 BGB ; Palandt-Heinrichs, N 2 d Vorbem. vor § 249 BGB ; Esser, § 41 II 5 p. 278.

[95] Von Tuhr-Peter, § 13 I 2 p. 89 note 11 ; Cuendet, p. 68 à 72.

[96] Cuendet, p. 68 à 72 ; cf. toutefois art. 195 et 208 CO.

[97] Von Tuhr-Peter, § 13 I 2 p. 88 s. ; Oftinger I, p. 45, 46, 150.

[98] RO 87 II 290 c. 4 a = JdT 1962 I 290 ; Oftinger I, p. 150 ; Engel, p. 483 ; von Tuhr-Peter, § 12 I p. 83.

dans une relation de causalité adéquate avec l'événement dommageable doit être réparé, qu'il soit direct ou indirect [99], *damnum emergens* ou *lucrum cessans* [100].

Voilà ce que nous apprennent les cours de droit, la lecture des arrêts et l'étude de la littérature juridique. La doctrine classique du dommage s'est épanouie sans encombre en Suisse, elle y coule des jours heureux, à l'abri de la contestation et de l'adversité. Quelques sursauts isolés se manifestent ici ou là en Allemagne [101], mais la force de l'âge et le nombre de ses adeptes lui assurent tout de même une place d'honneur outre-Rhin [102].

II. La dissociation du damnum emergens et du lucrum cessans dans l'intérêt négatif

L'intérêt négatif est un préjudice qui peut se présenter sous la forme d'une perte effective et (ou) d'un gain manqué [103]. Il paraît dès lors logique et juste que le lésé soit indemnisé pour les deux composantes du dommage subi lorsque les conditions de la responsabilité du débiteur sont réalisées. Le Tribunal fédéral s'écarta pourtant de la règle d'or et admit, à quatre reprises, que le seul *damnum emergens* pouvait être réparé au titre de l'intérêt négatif, à l'exclusion du *lucrum cessans* [104]. Apparemment sans le savoir, notre haute cour s'est ralliée à la suggestion de Stoll qui, en 1929 déjà, proposait de limiter la réparation de l'intérêt négatif au remboursement des impenses et d'en exclure le manque à gagner [105]. Cette exception mise à part, le Tribunal fédéral se trouve en opposition avec une doctrine unanime [103] et surtout en contradiction flagrante avec lui-même ! On trouve en effet plusieurs arrêts où les juges de Mon-Repos reconnurent sans équi-

[99] Esser, § 41 II 6 c p. 281 ; Erman-Sirp, N 9 ad § 249 BGB ; Palandt-Heinrichs, N 2 f Vorbem. vor § 249 BGB.

[100] Esser, § 41 II 5 p. 278 ; Erman-Sirp, N 4 ad § 249 BGB ; Palandt-Heinrichs, N 2 d Vorbem. vor § 249 BGB.

[101] Honsell, JUS 1973 p. 69 ss, avec de nombreuses références à la doctrine antérieure.

[102] Cf. *supra* chap. III note 89.

[103] Oser-Schönenberger, N 12 ad art. 26 CO ; Engel, p. 495 s. ; von Tuhr-Peter, § 12 IV 2 p. 87 ; von Tuhr, *Allg. Teil* II/1, p. 596 s. ; Staudinger-Coing, N 9 ad § 122 BGB ; Staudinger-Kaduk, N 11 ad § 307 BGB ; Soergel-Siebert, N 4 ad § 122 BGB ; Fikentscher, § 49 IV 2 p. 260, § 55 III 2 p. 297 ; Keller, p. 261 à 266 ; Scherrer, p. 59 à 67 ; Wilutzky, p. 190 ; Weinberg, p. 29 à 34 ; Schenk, p. 14 s. ; Melliger, p. 25 s. ; Hupka, p. 247 s. ; Hildebrandt, p. 244 à 247.

[104] SJ 1921 p. 17, spéc. p. 23 ; RO 64 II 9 c. 4 = rés. JdT 1939 I 158 ; RO 69 II 243 c. 4 = JdT 1944 I 136 ; RO 76 II 300 c. 3 = JdT 1951 I 267.

[105] Stoll, AcP 1929 p. 182 s.

voque la possibilité de faire valoir la perte de gain dans le cadre de l'intérêt négatif, même si la demande fut rejetée en l'espèce, faute de preuve suffisante [106]. Nous entendons l'objection : le Tribunal fédéral a refusé de réparer le gain manqué parce que le demandeur le faisait valoir dans le cadre de l'intérêt à l'exécution qui, lui, ne pouvait être accordé puisque le contrat était nul ou résolu. Nous serions prêt à l'admettre, mais nous ne le pouvons pas. En effet, le Tribunal fédéral donne à sa prise de position une portée générale qui dépasse largement le cadre de la décision d'espèce, du moins dans les deux derniers arrêts. La solution du Tribunal fédéral nous paraît incompréhensible, infondée et insoutenable. Rien ne peut justifier une décision si grave et si lourde de conséquences. Une petite lueur d'espoir point, vacillante, à l'horizon : dans un arrêt rendu le 22 mars 1974 [107], notre haute cour admit que « l'intérêt négatif comprend aussi le dommage que subit le lésé du fait que, confiant dans la validité du contrat, il a laissé échapper l'occasion d'en conclure un autre ». Le Tribunal fédéral semble donc enfin se rallier à une vue plus saine des choses, puisqu'il confirma le jugement de la Cour de justice de Genève qui avait accordé au créancier une indemnité pour affaire manquée. Pourvu que cela dure ! La jurisprudence fédérale n'en est pas pour autant renversée, il y a simplement un coup de barre qui devrait contribuer à sortir l'embarcation des eaux troubles !

Il ne faut toutefois pas trop compter sur la victoire inéluctable et spontanée de la solution timidement esquissée par le dernier arrêt [107]. Il est au contraire nécessaire d'œuvrer activement à l'acquisition de cette victoire que nous souhaitons ardemment. A cet égard, il ne suffit pas de faire l'éloge, combien mérité, des cours cantonales qui ont gardé la tête froide sans sombrer dans les erreurs du Tribunal fédéral [108]. Nous entendons aller plus loin, montrer le danger que présente la jurisprudence des quatre arrêts [109] ainsi que la confusion et l'embarras dans lesquels elle va inévitablement plonger tous les tribunaux du pays.

Chacun croit savoir avec clarté ce qu'il faut entendre par *damnum emergens* et *lucrum cessans*. Cette croyance, justifiée ou non, ne tire en définitive guère à conséquence puisque tout le monde admet que le dommage réparable comprend la perte effective et le gain manqué [110]. Tout le monde, sauf le Tribunal fédéral dans les quatre décisions critiquées [111] ! Notre haute

[106] RO 44 II 500 c. 5 ; RO 47 II 183 c. 5 = JdT 1922 I 364 ; RO 49 II 54 = JdT 1923 I 514.

[107] SJ 1975 p. 1 c. 4 (TF).

[108] ZR 26 p. 294 N° 149, spéc. p. 297 ; SJZ 34 (1937/1938) p. 270 N° 50 ; RVJ 1973 p. 317 ; SJ 1975 p. 7, spéc. p. 14 s.

[109] Cf. *supra* chap. III note 104.

[110] Cf. *supra* chap. III note 94.

[111] Cf. *supra* chap. III note 104.

cour nous oblige, ou plutôt s'engage elle-même, à tracer une ligne de démarcation précise entre les deux formes de dommage. Telle est la logique la plus élémentaire. Personnellement, nous refusons de nous engager sur cette voie périlleuse que nous estimons sans issue. Elle est de surcroît inutile, la jurisprudence qui l'implique nous paraissant fausse. Quelques remarques tenteront de montrer cependant notre incertitude et notre désarroi : puissent-elles avoir l'effet de la dissuasion ou, sinon, susciter une réponse digne de ce nom à la question diabolique qu'elles posent.

1. Nous imaginons le premier exemple : A vend à B un meuble que l'acheteur veut garder pour son usage personnel. A invalide le contrat six mois plus tard en invoquant une erreur essentielle. Entre-temps, le prix de l'objet a passé de 2000 francs à 3000 francs. B parvient à prouver qu'il aurait pu se procurer la chose ailleurs au même prix, s'il avait pu se douter de l'invalidité du contrat. A répond du dommage subi par B, dont l'intérêt négatif s'élève à 1000 francs [112]. Le préjudice est-il un gain manqué ou une perte effective ? On peut considérer que, par l'invalidation, le vendeur prive l'acheteur du gain qu'il aurait réalisé en contractant à l'ancien prix. On peut tout aussi bien admettre que, en rendant à l'acheteur les 2000 francs et en lui reprenant la chose qui en vaut actuellement 3000, le vendeur lui cause une perte correspondant à la différence... La solution est-elle autre suivant que l'acheteur acquiert l'objet pour lui ou en perspective d'une revente ultérieure ? Que faut-il enfin penser dans l'hypothèse où les mobiles de l'acheteur sont inconnus [113] ? Que font les tribunaux sur la base de la jurisprudence fédérale [114] ?

2. Nous empruntons le deuxième exemple à l'Autrichien Franz Bydlinski [115] : B est propriétaire d'un tableau dont la valeur objective s'élève à 500 francs. La chance sourit à B qui trouve un amateur C prêt à mettre 10 000 francs pour acquérir ce tableau, car il s'agit du portrait de sa mère. B et C passent le contrat de vente, fixent le prix à 10 000 francs et mettent les risques à la charge du vendeur jusqu'à la livraison du tableau. Le lendemain, A détruit le tableau qui se trouve encore chez B. A répond du dommage qu'il a causé à B par sa négligence et dont le montant paraît s'élever au moins à 10 000 francs, abstraction faite du préjudice que B subit en étant responsable du dommage causé à C par l'inexécution du contrat

[112] Cf. art. 26 CO.

[113] La qualification du dommage semble poser un problème analogue à SCHENK, p. 15, WILUTZKY, p. 190, WEINBERG, p. 29 et 32.

[114] Cf. *supra* chap. III note 104.

[115] BYDLINSKI, p. 105 s.

de vente. On peut se demander si le poste de 10 000 francs représente une perte effective ou un gain manqué ? Si l'on suit Keller [116], on aura peut-être tendance à opter pour le *lucrum cessans :* il est impossible de considérer que le gain est déjà réalisé, qu'il appartient déjà au patrimoine existant et que son anéantissement, dû à la négligence de A, entraîne une diminution de valeur dans le patrimoine de B. Si l'on suit Fischer [117], on sera tenté d'admettre un *damnum emergens :* la créance en paiement de 10 000 francs existe pleinement dans le patrimoine de B dès la conclusion du contrat. En même temps qu'il a l'objet, le vendeur propriétaire est titulaire de la créance correspondante, issue du contrat de vente. La destruction du tableau entraîne l'extinction automatique de la créance et le préjudice subi doit s'analyser comme la perte d'un droit déjà existant dans le patrimoine de B. Quel point de vue adopter ? Comment se déterminer dans l'hypothèse où le contrat n'est pas encore conclu avec C, mais sur le point de l'être, les négociations ayant pris une tournure favorable ? La jurisprudence suisse admet très largement la notion de créance future à propos de la cession de ladite créance [118]. En 1904 et en 1907 déjà, von Tuhr en a donné l'une des meilleures analyses lorsqu'il affirma qu'une créance est encore inexistante quand plusieurs ou tous les éléments nécessaires à sa naissance font défaut [119]. Quelle dose d'éléments futurs une créance peut-elle supporter tout en restant existante, donc présente ? Où est la limite entre le droit futur, existant déjà maintenant, et la simple expectative, la perspective dont tous les éléments sont encore en devenir ? Où finit la perte effective et où commence le gain manqué, en cas d'atteinte à un tel intérêt ?

3. La jurisprudence allemande nous fournit un troisième exemple, le plus concret, le plus déroutant et le plus pertinent. Il se rattache directement à l'intérêt négatif [120]. A est un artiste engagé par contrat dans la troupe B. Le directeur d'une autre troupe, la société C, désire faire entrer A dans cette dernière société. Les négociations s'engagent, le directeur de C invite A à résilier son engagement chez B, il fait miroiter à ses yeux un contrat plus favorable, le rassure quant à la conclusion de la convention, acquise d'avance puisque la ratification par les organes suprêmes de la société C n'est qu'une simple formalité. A résilie son contrat avec B. La ratification de la convention avec C est refusée et A se retrouve sans emploi. A ouvre action contre

[116] Keller, p. 18 s.

[117] RO 50 II 375 c. 4 ; Fischer, p. 50.

[118] Jeanprêtre, p. 19.

[119] Von Tuhr, Bankarchiv 1907 p. 277 ; *idem,* DJZ 1904 p. 427.

[120] JZ 1964 p. 324 (BAG) ; DB 1974 p. 2060 (BAG).

C en réparation du dommage issu de la *culpa in contrahendo*. Ses conclusions principales tendent à lui faire obtenir les avantages qu'il aurait retirés de la convention passée avec C, soit la réparation de l'intérêt positif au contrat manqué. Ses conclusions subsidiaires consistent à demander à C l'équivalent du salaire qu'il aurait gagné chez B s'il était resté à son service pendant toute la saison théâtrale. Très justement, le *Bundesarbeitsgericht* rejette les conclusions principales puisque la *culpa in contrahendo* ne peut normalement pas donner lieu à une action en réparation de l'intérêt positif. Il admet en revanche les conclusions subsidiaires, dans leur principe, et renvoie la cause à l'instance inférieure pour une nouvelle décision dans le sens des considérants. Cette décision allemande, excellente en matière de responsabilité précontractuelle, pose très bien le problème crucial de la qualification du dommage subi par A, soit la perte de son emploi chez B : s'agit-il d'une perte effective ou d'un gain manqué ? On peut dire que C, en poussant A à renoncer à son emploi, l'a de cette manière privé du gain qu'il allait obtenir chaque mois, pendant la saison, aux termes du contrat passé avec B. On peut aussi considérer que la créance de A en paiement de son salaire existe bel et bien contre B, dans le présent, puisque le contrat est conclu. L'attitude de C entraîne donc pour A la perte d'un droit existant et actuel, C détruit une valeur patrimoniale présente et cause par là même un *damnum emergens*. Quel parti prendre ? Que ferait le Tribunal fédéral sur la base de la jurisprudence des quatre arrêts [121] ?

Ces trois exemples nous montrent les difficultés quasi insurmontables que la distinction du Tribunal fédéral est amenée à rencontrer au niveau de son application pratique. C'est encore une raison supplémentaire d'y renoncer, d'autant plus que la position du Tribunal fédéral est sans fondement et, surtout, en contradiction flagrante avec les principes les plus élémentaires de la responsabilité civile [122]. Nous ne pouvons donc qu'attendre et espérer la confirmation du tournant esquissé par la dernière jurisprudence de notre haute cour [123]. Il est inutile de gaspiller des forces dans la vaine recherche d'une ligne de démarcation entre la perte effective et le manque à gagner. Que l'énergie juridique se concentre plutôt sur la frontière extérieure du dommage, pour délimiter ce qui relève du préjudice patrimonial réparable et ce qui appartient au dommage immatériel. Ce sera beaucoup plus utile [124].

[121] Cf. *supra* chap. III note 104.
[122] Cf. *supra* chap. III § 2 I.
[123] SJ 1975 p. 1 c. 4 (TF).
[124] Cf. *infra* chap. IV § 4.

III. Critique de la théorie de la différence

La théorie de la différence n'est pas exempte de points faibles, malgré la faveur dont elle jouit encore dans l'ordre juridique germano-suisse [125]. Nous n'entendons pas pour autant dresser contre elle un réquisitoire implacable, ni lui faire un procès sommaire ni, enfin, la conduire à l'échafaud. Nous aimerions simplement lui poser quelques questions qui nous paraissent délicates et peut-être difficilement conciliables avec elle.

A. *Choix du point de référence*

La théorie de la différence a quelque chose de juste, incontestablement : le dommage apparaît dans un écart entre la situation actuelle, après l'événement dommageable, et la situation hypothétique, sans l'événement dommageable. De là à dire que le montant du préjudice résulte de la soustraction des deux états du patrimoine, considéré chaque fois comme un tout, c'est une autre affaire ! Le point de référence du calcul du dommage, soit le patrimoine global, ne peut pas exister indépendamment des droits et des biens qui le composent. Il n'est rien en lui-même. Il se situe tout au plus comme un total au bas d'une liste plus ou moins longue des différentes valeurs appartenant à un individu. Le patrimoine apparaît donc comme la somme des éléments particuliers, pour autant qu'on se donne la peine d'en faire l'addition. C'est un chiffre, rien de plus. Le patrimoine comme tel ne peut jamais faire l'objet d'une évaluation. Seuls les biens et les droits qui le composent sont susceptibles d'une appréciation et d'une estimation [126], pour autant qu'on les prenne *individuellement,* sans toutefois les isoler de leur contexte et sans ignorer la portée économique des liens qu'ils ont avec d'autres biens et valeurs appartenant au même sujet de droit. Le calcul du dommage ne peut donc pas se rapporter à cette entité abstraite et indépendante que constitue le patrimoine dans la théorie classique de la différence [127]. Il faut au contraire prendre en considération le droit qui a été atteint ou la chose même qui a été détruite, endommagée ou enlevée. Le calcul du préjudice se trouve fixé et localisé dans certains éléments déterminés du patrimoine, dont le cercle peut évidemment s'élargir considérablement, au gré du développement de l'événement dommageable et des conséquences qu'il entraîne dans son sillage [128]. L'évaluation du dommage part

[125] Cf. *supra* chap. III notes 89, 90, 91.

[126] Keuk, p. 16, 18, 25 ; Honsell, JUS 1973 p. 71.

[127] Keuk, p. 15 et 28.

[128] Keuk, p. 21 ; Honsell, JUS 1973 p. 71.

toujours de la chose atteinte ou du droit lésé, et non du patrimoine, mais le juge doit tenir compte de toutes les circonstances de nature à entraîner un préjudice supplémentaire pour le lésé. Cela correspond d'ailleurs à la manifestation première et naturelle du dommage, qui frappe des biens et des droits singuliers bien plus qu'il ne s'abat sur le patrimoine global. Le montant du dommage ne peut donc être obtenu que par l'addition des différentes pertes effectives et les différents gains manqués [129]. On peut se demander désormais si la mise à l'écart du patrimoine n'implique pas l'abandon pur et simple de la théorie de la différence [130] ?

B. *Difficultés de la théorie de la différence*

L'idée de Mommsen, à supposer que son principe soit admissible, présente néanmoins des difficultés sérieuses au niveau de sa mise en œuvre et de son application pratique au cas d'espèce.

La première tient au calcul du gain manqué. On peut admettre que la détermination de la perte effective n'exige pas l'établissement de l'état hypothétique du patrimoine sans la survenance de l'événement dommageable. Il suffit simplement de comparer l'état des biens avant et après, et le résultat de la soustraction nous donne le montant du *damnum emergens* [131]. Le calcul du manque à gagner nécessite en revanche l'établissement de l'état hypothétique du patrimoine, puisque le *lucrum cessans* résulte de la différence entre le montant dudit patrimoine et celui qui correspond à la valeur des biens existants après le dommage [131]. La détermination du patrimoine hypothétique nous paraît reposer sur une tautologie : calculer le patrimoine hypothétique consiste à ajouter au patrimoine existant un montant x, évidemment connu, faute de quoi la somme ne pourrait être faite ! Le montant x n'est, en réalité, rien d'autre que ce que l'on cherche, donc une inconnue, soit le gain manqué représenté par la soustraction patrimoine hypothétique moins patrimoine existant. L'équation est la suivante : $e + x = h$; $x = h - e$ [132]. Il est algébriquement impossible de trouver la valeur de x quand h n'est pas connu. La théorie de la différence nous paraît donc faillir à l'une de ses tâches essentielles, soit le calcul du manque à gagner. Il est curieux que cet échec, pourtant cuisant, ait échappé jusqu'ici à la critique des juristes.

[129] Keuk, p. 17 et 24.

[130] Honsell, JUS 1973 p. 71.

[131] Keuk, p. 17 ; Honsell, JUS 1973 p. 70.

[132] e = patrimoine existant ; h = patrimoine hypothétique ; x = gain manqué.

Le patrimoine n'est pas une donnée statique, immobile et immuable. Il varie dans le temps, au gré des actes de son propriétaire et des aléas de la conjoncture. Son mouvement permanent oblige le juge à analyser un à un tous les changements intervenus et à ne retenir, dans le calcul du dommage, que ceux qui sont imputables au responsable, débiteur des dommages-intérêts. La différence entre les deux états du patrimoine ne suffit donc pas à elle seule à cerner l'étendue du préjudice [133]. Nous touchons ici au problème de la causalité. Dans la mesure où elle doit être adéquate, la relation de cause à effet ne peut être examinée que pour des dommages déterminés qui affectent des droits et des intérêts déterminés de la victime. Le droit des assurances nous en donne un bel exemple : seul est couvert le dommage résultant de la réalisation du risque assuré [134].

Une autre difficulté peut naître de l'article 185/1 CO, à supposer qu'il soit appliqué strictement [135]. Imaginons que A et B concluent un contrat de vente portant sur une machine qui doit être livrée un mois plus tard. Les profits et les risques passent en principe à l'acheteur dès la conclusion de la convention. Le lendemain, C détruit la machine vendue, qui se trouve encore dans la propriété du vendeur B. Personne ne contestera, à première vue, que B soit fondé à intenter à C une action en réparation du préjudice subi. Le dommage de B est pourtant inexistant, en droit, puisque l'acheteur A supporte les risques et doit payer le prix convenu quand bien même la marchandise a disparu par cas fortuit. La théorie de la différence nous paraît impropre à expliquer l'action accordée à B, puisque son patrimoine n'est pas touché par la destruction de la chose.

L'idée de Mommsen est inconciliable avec la tendance actuelle de la jurisprudence, principalement en Allemagne, qui admet, à certaines conditions, que la perte de l'usage de la chose soit constitutive d'un dommage patrimonial distinct [136]. Reprenons les décisions du BGH : un accident de circulation prive la victime de l'usage de son automobile pendant le temps nécessaire à la réparation. La remise en état du véhicule s'effectue aux frais du responsable, qui doit encore au lésé une indemnité correspondant à la moins-value de la voiture accidentée [136 bis]. Le Tribunal fédéral allemand accorde des dommages-intérêts supplémentaires au créancier : ce dernier est

[133] Keuk, p. 20 s.

[134] Keuk, p. 31.

[135] La doctrine et la jurisprudence sont actuellement hostiles à une application stricte de la règle de l'article 185/1 CO : RO 84 II 158 = rés. JdT 1959 I 400 ; Secrétan, *Evolution récente du problème des risques,* p. 198 à 201.

[136] BGHZ 40 p. 345 ; BGHZ 45 p. 212 ; BGHZ 55 p. 146 ; NJW 1975 p. 733 (BGH) ; NJW 1976 p. 1630 (BGH) ; JZ 1976 p. 278 (BGH) ; Fikentscher, § 49 III 2 d p. 251.

[136 bis] BGHZ 35 p. 396, spéc. p. 397 s. ; Weyers, p. 42.

en effet privé de la possibilité d'utiliser sa voiture comme il l'entend et la perte de cet avantage constitue un handicap que l'on peut considérer de nos jours comme un dommage patrimonial [137]. L'événement dommageable se manifeste assurément dans la sphère d'intérêts de la victime, qui se trouve momentanément privée de sa voiture. Mais le dommage ne se traduit ni par une perte effective ni par un gain manqué. Le paiement des frais de réparation, de l'indemnité de moins-value et des éventuels frais de déplacement suffisent à remettre le patrimoine dans l'état où il se trouvait avant l'accident. Il n'y a donc pas de dommage au sens de la théorie de la différence [138]. Le BGH s'en rend parfaitement compte et fixe certaines limites au calcul du dommage selon la méthode de Mommsen lorsque la mesure du préjudice peut être appréciée en argent à l'aide de critères objectifs [139].

C. *Causalité hypothétique*

On peut enfin se demander comment résoudre les cas où le dommage, causé par un événement *a,* se serait de toute façon produit à la suite de l'événement *b,* même si *a* n'avait pas eu lieu. Les Allemands parlent de *überholende Kausalität* et nous proposons de traduire cette expression par *causalité hypothétique* [140].

Les juristes suisses ne se sont guère intéressés à ce problème. Ils semblent cependant admettre que le juge ne doive pas tenir compte de *b* lorsqu'il détermine l'étendue de la responsabilité de l'auteur de *a* [141]. La position de la doctrine, qui refuse de prendre en considération la causalité hypothétique, soit l'événement *b,* équivaut à un rejet pur et simple de la théorie de la différence [142]. Il faut en effet reconnaître que le patrimoine de la victime se trouverait dans le même état sans l'événement *a,* puisque l'événement *b* aurait causé le même préjudice. L'application stricte de la théorie de la

[137] BGHZ 40 p. 345, spéc. p. 349 ; BGHZ 45 p. 212, spéc. p. 215 ; LARENZ, Festgabe Oftinger, p. 154 ; *idem, Schuldrecht* I, § 29 II c p. 345 à 348 ; *idem, Schuldrecht* I, 11e éd., § 29 II c p. 395 à 399.

[138] LARENZ, Festgabe Oftinger, p. 151 s. ; *idem, Schuldrecht* I, § 29 II c p. 347 ; *idem, Schuldrecht* I, 11e éd., § 29 II c p. 397 ; NEUWALD, p. 96 et 101 ; HONSELL, JUS 1973 p. 74 ; *idem,* JUS 1976 p. 224.

[139] BGHZ 45 p. 212, spéc. p. 218.

[140] VON TUHR-PETER, § 13 I 5 p. 91 note 22 ; cf. les nombreux exemples cités par FIKENTSCHER, § 55 IV p. 300 s.

[141] OSER-SCHÖNENBERGER, N 90 ad art. 41 CO ; BECKER, N 14 ad art. 41 CO ; OFTINGER I, p. 106 s. ; VON BÜREN, p. 72 ss ; VON TUHR-PETER, § 13 I 5 et 6 p. 91 à 93.

[142] LARENZ, *Schuldrecht* I, § 30 I p. 359 s. ; FIKENTSCHER, § 55 IV p. 300 s. ; BYDLINSKI, p. 26 et 37, cité par KEUK, p. 11 note 7 ; HONSELL, JUS 1973 p. 72 s. ; KEUK, p. 10 et 90.

différence voudrait que l'auteur de *a* soit libéré, faute de dommage. Le Tribunal d'Empire [143] considère que la causalité hypothétique ne doit pas entrer en ligne de compte : la cause effective entraîne un dommage dont la victime peut demander réparation. L'action en dommages-intérêts est un droit du lésé qui ne saurait être restreint ou supprimé par la survenance d'événements ultérieurs, quelles que puissent être leurs incidences sur le dommage. Le préjudice existe au terme de la cause réelle, il correspond à une réalité bien tangible et la prétention du créancier a le statut d'un droit acquis. Cette manière de voir repose sur l'idée, assez séduisante, que ce n'est pas l'événement *b* qui a empêché l'événement *a* d'être causal, mais bien l'inverse [144].

La doctrine allemande a évolué et la majorité des auteurs admet aujourd'hui que le juge ne doit pas tenir compte de la causalité hypothétique lorsqu'il calcule le dommage direct, mais bien lorsqu'il mesure l'étendue du préjudice indirect. La responsabilité de l'auteur de *a* est donc engagée dans le premier cas, rejetée dans le second [145]. Cette solution a le grand désavantage de ne pas être en accord avec le droit allemand, qui nie, tout comme le droit suisse, la distinction entre dommage direct et indirect [146]. Elle est de surcroît inutilisable en pratique, en raison des difficultés de la distinction et des controverses qu'elle soulève [147]. Elle paraît donc injustifiée outre-Rhin [148]. Dans la jurisprudence d'après-guerre, la théorie de la différence n'a été appliquée qu'une seule fois dans toutes ses conséquences [149] : l'auteur du comportement *a* fut libéré au motif que le dommage serait à coup sûr issu de l'événement *b*. Dans sa décision du 13 mai 1953, le BGH posa le problème, avec de nombreuses références doctrinales et jurisprudentielles, mais il se garda bien de prendre une position de principe [150]. Sa décision du 22 janvier 1959 paraît plus explicite [151] : les événements postérieurs à la cause réelle ne sont pas pris en considération pour le calcul du *damnum emergens,* mais le tribunal en tient compte pour la détermination du *lucrum*

[143] RGZ 141 p. 365, spéc. p. 367 ; RGZ 144 p. 80, spéc. p. 84.

[144] Oertmann, *Recht der Schuldverhältnisse,* Vorbem. vor §§ 249-255 BGB p. 55, cité dans RGZ 141 p. 368 ; Blomeyer, *Schuldrecht,* § 32 p. 174.

[145] Esser, § 41 II 6 c p. 281, § 46 II p. 318 s. ; Fikentscher, § 55 IV p. 300 à 302 ; Larenz, *Schuldrecht* I, § 30 I p. 359 à 361 ; Palandt-Heinrichs, N 5 f Vorbem. vor § 249 BGB.

[146] Cf. supra chap. III notes 96, 97, 99.

[147] Keuk, p. 91 à 93.

[148] Keuk, p. 105 s.

[149] NJW 1949 p. 302 ; Keuk, p. 9 s.

[150] BGHZ 10 p. 6, spéc. p. 8 à 12.

[151] BGHZ 29 p. 207, spéc. p. 215 s.

cessans. Les faits de la cause étaient les suivants : une procédure d'expropriation avait été engagée pour quelques bâtiments à Berlin, en 1939 ; les immeubles furent démolis par l'autorité avant la fin de la procédure. Les propriétaires demandeurs ouvrirent action après la guerre. Le défendeur objecta que les maisons auraient été détruites à coup sûr par les bombardements. Le tribunal admit la demande à concurrence de la valeur des bâtiments détruits, mais il refusa d'indemniser les victimes au titre du manque à gagner [152].

L'éventail des possibilités est donc assez large. Toutefois, aucune des solutions proposées n'est compatible avec l'orthodoxie de la théorie de la différence. Le problème de la causalité hypothétique ne se pose évidemment pas tous les jours. Il n'est pourtant pas une trouvaille théorique que nous avons dénichée avec un malin plaisir, dans le but de porter ombrage à la splendeur de l'idée de Mommsen. Nous pouvons facilement imaginer un cas où l'intérêt négatif apparaît au premier plan. B (bailleur) loue à P (preneur) un appartement pour la durée d'une année, à partir du 1er janvier 1975. P ne paie pas son loyer régulièrement et sa demeure autorise B à faire usage des possibilités de l'article 107 CO. Le bailleur résilie le contrat le 10 avril 1975, afin d'obtenir à nouveau la libre disposition de ses locaux. Il est dès lors concevable de calculer les dommages-intérêts sur la base de l'intérêt contractuel négatif [153]. B réclame le remboursement des dépenses d'aménagement, sous déduction d'un amortissement, et la compensation du loyer normal qu'il aurait pu vraisemblablement percevoir aux termes du bail annuel qu'il aurait passé avec un autre preneur. L'immeuble est incendié le 15 juillet 1975. P peut-il se prévaloir de cette circonstance pour refuser à B le paiement des dommages-intérêts négatifs ? S'il maintient sa jurisprudence, le BGH doit accorder le remboursement des aménagements et refuser le paiement du loyer manqué. Que ferait le Tribunal fédéral s'il devait rester fidèle aux quatre arrêts [154] ?

D. *Conclusion*

Nous nous sommes efforcé de montrer quelques difficultés et contradictions qui affectent la théorie de la différence. Nous sommes très réservé quant au succès de son application. Nous pensons plutôt qu'elle ne correspond ni à la démarche des tribunaux [155] ni à celle des lésés, lorsque ceux-ci

[152] Honsell, JUS 1973 p. 73.

[153] SJZ 34 (1937/1938) p. 270 No 50 ; Enneccerus-Lehmann, § 14 VI p. 62.

[154] Cf. *supra* chap. III note 104.

[155] Lemp, p. 155 note 2 ; Barth, p. 144 ; Keuk, p. 20 note 42.

essaient de faire une première appréciation de leur dommage. Les lésés, comme les juges, n'auront jamais l'idée de dresser un inventaire complet des avoirs du créancier pour déterminer l'état du patrimoine, avec et sans événement dommageable. Ils sont beaucoup plus pratiques et ne s'embarrassent pas d'une arithmétique inutile. Ils vont tout simplement établir une liste des biens et droits lésés, puis demander comme réparation une somme correspondant à la valeur de ce qui a été détruit ou abîmé, sans oublier la moins-value et le manque à gagner [156]. Nous n'entendons pas rejeter en bloc l'idée de Mommsen, mais notre perplexité nous amène à lui dire, en guise de conclusion : « Théorie de la différence, défends-toi. »

[156] RO 40 II 133 c. 4 ; RO 44 II 500 ; RO 69 II 243 = JdT 1944 I 136 ; RO 76 II 300 = JdT 1951 I 267 ; Barth, p. 144 ; Keuk, p. 31.

CHAPITRE IV

CONTENU DE L'INTÉRÊT NÉGATIF

REMARQUE PRÉLIMINAIRE

Les quelques petites questions que nous venons de poser aux partisans de la théorie de la différence [1] nous incitent à prendre nos distances et à faire preuve de la plus grande réserve à son égard. Fidèle à la démarche que nous jugeons la plus juste et la plus logique [2], nous nous proposons d'examiner quelques types particuliers de préjudices relevant de l'intérêt négatif, afin de donner un aperçu concret des différents postes dont peut se composer le dommage qui fait l'objet de notre étude. Nous avons examiné les droits suisse et allemand, tant la doctrine que la jurisprudence. Notre point de départ se situe en 1861, date à laquelle Jhering publia son étude fondamentale relative à la *culpa in contrahendo*. Nos recherches nous ont permis de découvrir quelques-uns des sentiers tortueux, mal défrichés et incertains que l'intérêt négatif a empruntés au cours de son existence plus que centenaire. La route est longue, obscure, et peut-être infinie. Une première constatation s'impose : il est impossible de donner une liste complète des différentes composantes possibles et imaginables de l'intérêt négatif [3]. Est-ce là un constat d'échec ? Assurément pas. Le dommage ne supporte pas la fixité, il est mouvant, changeant, insaisissable. Il se renouvelle constamment au fil des jours, au gré du hasard des circonstances propres à chaque cas d'espèce [4]. Jamais il ne se laissera emprisonner dans un habit rigide fait sur mesure une fois pour toutes.

[1] Cf. *supra* chap. III § 2 III.

[2] Cf. *supra* chap. III § 2 III A et D.

[3] Simonius, ZSR 1918 p. 247 s. ; Rabel, p. 292 ; Kron, p. 67 ; Scherrer, p. 58 ; Lemp, p. 152 ; Haeusler, p. 155 s. ; Keller, p. 260.

[4] Scherrer, p. 55 s. ; Cohérier, p. 71.

§ 1. LA RÉPARATION DU DOMMAGE SURVENU PAR CAS FORTUIT

I. Le voisin immédiat de l'intérêt négatif

Le dommage délictuel est souvent un phénomène juridique isolé et cloisonné, en ce sens que la liquidation du sinistre s'effectue à l'aide des seuls articles 41 et suivants CO, tels qu'ils ont été interprétés, précisés et développés par les tribunaux. On peut à cet égard considérer que les normes légales et jurisprudentielles de la responsabilité aquilienne forment en elles-mêmes un ensemble cohérent et autonome de règles de droit : le délit civil se suffit à lui-même, il vit en autarcie. La même remarque vaut en matière de préjudice contractuel dérivant de l'inexécution, par le renvoi de l'article 99/3 CO aux articles 41 et suivants CO. Bien différente est en revanche la situation de l'intérêt négatif : ce dernier est en effet rarement seul, mais vient le plus souvent se greffer sur un état de fait qui se trouve déjà soumis aux règles d'une autre figure juridique, principalement de l'enrichissement illégitime. Lorsque les pourparlers précontractuels échouent, faute d'accord entre les partenaires, le contrat ne se forme pas et aucune obligation conventionnelle ne voit le jour entre les parties. Celle d'entre elles qui aurait déjà effectué sa prestation, en tout ou partie, a le droit d'en réclamer la restitution sur la base des règles de l'enrichissement sans cause [5]. Lorsque le contrat de vente immobilière est nul en raison d'un vice de forme, la restitution s'opère selon les articles 62 et suivants CO [6]. Lorsque l'errant se trouve débiteur de l'intérêt négatif de l'article 26 CO, c'est qu'il invalide le contrat vicié en raison d'une erreur essentielle, ouvrant ainsi la voie de la *condictio* [7], soit l'action en répétition des prestations effectuées sans cause [8]. Lorsque le tiers actionne le *falsus procurator* sur la base de l'article 39/1 CO, il peut parallèlement lui intenter une action en restitution de l'enrichissement illégitime [9]. Enfin, lorsque le débiteur morosif doit au créancier la réparation prévue par l'article 109/2 CO, il est également tenu de lui restituer la prestation qu'il a déjà reçue, conformément à l'article 109/1 CO. L'action de l'article 109/1 CO est peut-être une prétention *sui generis* indépen-

[5] SJ 1966 p. 310, spéc. p. 312 ; PATRY, p. 225.

[6] RO 90 II 34 c. 5 = JdT 1964 I 358.

[7] VON TUHR-THILO, § 52 I p. 370.

[8] RO 39 II 238 c. 6 ; RO 64 II 132 c. 3 = rés. JdT 1939 I 191 ; RO 82 II 411 c. 9 = JdT 1957 I 182 ; RO 83 II 18 c. 7 = JdT 1957 I 492 ; RO 87 II 137 c. 7 a = JdT 1961 I 604 ; ZBJV 1933 p. 281 ; AERNI, p. 55 à 68 ; SCHERRER, p. 2 ; VON BÜREN, p. 225 ; DANZ, p. 463 ; FLUME, § 31 6 p. 566 ; LARENZ, *Allg. Teil*, § 20 II c p. 330, § 23 V c p. 412, § 18 II d p. 273.

[9] RO 90 II 404 c. 5 a et b = JdT 1965 I 354.

dante de la répétition de l'indu [10], mais elle n'en reste pas moins soumise aux articles 64 et 65 CO, relatifs à l'étendue de l'obligation [11].

Nous venons de mentionner la restitution des prestations ensuite d'invalidation du contrat pour erreur essentielle et de résolution en raison de la demeure du débiteur. L'enrichissement illégitime peut certes apparaître dans les deux hypothèses, il faut toutefois bien se garder de les assimiler et de les soumettre à un régime juridique identique.

1. L'invalidation pour erreur annule le contrat *ex tunc,* avec effet rétroactif au jour de la conclusion [12]. Les prestations déjà effectuées sont privées de base légale, le transfert apparaît rétrospectivement *sine causa* et la déclaration d'invalidation déploie des effets réels [13]. Le droit suisse est en effet dominé par le principe de la tradition causale [14], à l'opposé du droit allemand [15] : l'acte de disposition opéré en exécution d'un acte obligatoire invalide est inefficace, la cause fait défaut et le transfert du droit est inopérant. L'acquéreur ne devient pas propriétaire, malgré le changement de possession. Le cédant conserve son droit de propriété, il est censé ne l'avoir jamais perdu et c'est par l'ouverture d'une action en revendication qu'il peut retrouver la possession et la maîtrise de sa chose. Le champ d'application de l'enrichissement illégitime du droit suisse se trouve donc considérablement réduit, au profit de celui de l'action réelle du CCS. Il ne faut pas pour autant s'imaginer que les articles 62 et suivants CO ne trouvent aucune application en matière d'actes invalides en raison d'un vice du consentement. La revendication est exclue chaque fois qu'il s'agit d'argent, de choses fongibles ou de genre, en un mot chaque fois que l'individualisation de la chose transférée n'est pas possible. Il en va de même pour les corps certains lorsque l'objet transféré devient la propriété de l'acquéreur par suite de spécification [16], d'adjonction [17] ou lorsqu'il a été aliéné ou consommé par exemple. L'action réelle est exclue dans tous ces cas et le cédant dispose de la seule action dérivant de l'enrichissement illégitime pour assurer la sauvegarde de ses droits [18].

[10] Cf. *supra* chap. III § 1 II A, spéc. note 23 ; Göschke, p. 89.

[11] Cf. *supra* chap. III § 1 II A, spéc. note 24 ; *contra :* Göschke, p. 89.

[12] RO 39 II 238 c. 6 ; RO 64 II 132 c. 3 = rés. JdT 1939 I 191 ; SJ 1975 p. 1 c. 4 (TF) ; Becker, N 8 ad art. 31 CO ; von Büren, p. 225.

[13] Piotet, *Formation du contrat,* p. 126.

[14] RO 55 II 302 c. 2 = JdT 1930 I 535.

[15] Larenz, *Allg. Teil,* § 18 II d p. 272 à 275 ; NJW 1967 p. 1128, spéc. p. 1130 (BGH).

[16] Cf. art. 726 CCS.

[17] Cf. art. 727 CCS.

[18] RO 83 II 18 c. 7 = JdT 1957 I 492 ; ZBJV 1933 p. 281 ; Aerni, p. 55 à 73 ; Scherrer, p. 2.

2. La résolution du contrat synallagmatique parfait, selon les articles 107/2 et 109 CO, agit avec effet *ex tunc,* rétroactivement au jour de la conclusion du contrat [19]. Les prestations ont été faites sur la base d'un contrat valablement conclu, elles gardent toute leur valeur au niveau des droits réels et la restitution s'effectue par l'exercice d'une action personnelle. La revendication n'intervient jamais dans le cadre de l'article 109 CO [20] et la résolution du contrat demeure un des cas d'application importants des règles de l'enrichissement illégitime en droit suisse.

Nous pouvons donc dire, au terme de ce rapide survol, que l'intérêt négatif et l'enrichissement illégitime sont deux voisins qu'il est presque impossible d'isoler et d'analyser individuellement sans tenir compte des incidences et interférences réciproques. Les rapports entre les deux ensembles sont assurément nombreux, mais notre but n'est pas d'en faire l'étude systématique, pas plus d'ailleurs que celle de l'enrichissement sans cause lui-même. Nous nous permettrons toutefois de faire une incursion unique dans le fief des articles 62 et suivants CO, sur un terrain qui nous paraît relever à la fois de la *condictio* et de l'intérêt négatif. Nous pensons aux problèmes posés par la perte ou la détérioration fortuite de l'objet transféré par le cédant à l'*accipiens* en exécution d'une convention inexistante, nulle, invalidée ou résolue.

Les règles de l'enrichissement illégitime, doublées ou non de celles de l'intérêt négatif, ont précisément pour but d'effacer les séquelles de l'acte inexistant, nul, vicié ou résolu, en replaçant les parties dans le *statu quo ante.* Dans cette perspective, le régime de la responsabilité pour cas fortuit est très directement lié à la réponse que l'on va donner préalablement à la question fondamentale et redoutable posée par la coexistence de la prestation et de la contre-prestation dans l'exercice de la *condictio.* Il s'agit là d'un problème clé du droit de l'enrichissement illégitime, qui n'a pour ainsi dire pas été abordé en Suisse. Le laconisme du droit helvétique peut paraître étrange, mais il s'explique en partie par le principe de la tradition causale qui domine notre ordre juridique [21] : l'inexistence, la nullité ou l'invalidité du contrat empêchent en principe la propriété de passer à l'*accipiens,* et le champ d'application de l'enrichissement illégitime est considérablement limité par celui de l'action réelle. Cette prédominance réelle a pour effet de rendre plutôt rares les hypothèses dans lesquelles les préten-

[19] RO 49 II 287 c. 2 = JdT 1923 I 621 ; ZBJV 1966 p. 106, spéc. p. 109 ; Oser-Schönenberger, N 2 ad art. 109 CO ; Becker, N 1 ad art. 109 CO ; Engel, p. 494 ; von Tuhr-Escher, § 73 VII p. 155 ; Honegger, p. 29 ; Comment, p. 139 s. ; Haeusler, p. 91 et 161.

[20] Aerni, p. 63 ; Honegger, p. 29 ; Haeusler, p. 148 ; cf. *supra* chap. III § 1 V note 80.

[21] RO 55 II 302 c. 2 = JdT 1930 I 535.

tions des parties au contrat inexistant, nul ou vicié sont fondées toutes deux sur le droit de l'enrichissement illégitime. Le droit allemand admet en revanche la règle de la tradition abstraite [22] et les prestations effectuées *sine causa* sont en principe répétées par la voie de la *condictio*. On peut dès lors mieux comprendre pourquoi la répétition simultanée de la prestation et de la contre-prestation, selon le droit de l'enrichissement illégitime, apparaît avant tout comme un problème de droit allemand. C'est d'ailleurs outre-Rhin que les esprits se sont affrontés dans la fameuse querelle qui opposa les partisans de la *Zweikondiktionentheorie* à ceux de la *Saldotheorie,* dès le début de notre siècle. Le calme plat règne depuis bien quelques décennies, mais certains courants doctrinaux novateurs [23] nous font penser et espérer que la vaincue d'hier, soit la *Zweikondiktionentheorie,* n'a pas encore dit son dernier mot.

II. Rôle de la prestation et de la contre-prestation dans l'exercice de la condictio

Dans une étude ancienne et très peu connue, von Tuhr a proposé d'appliquer l'idée du § 122 BGB au rapport juridique né de la *condictio* [24] : l'obligation de restituer de l'*accipiens* est limitée au montant de son enrichissement, l'enrichi ne doit subir aucun dommage du fait de la restitution au *solvens,* il mérite en quelque sorte d'être protégé dans la confiance qu'il met de bonne foi dans le caractère irrévocable de l'attribution qui lui a été faite. Les remarques de von Tuhr nous amènent au cœur du problème. Examinons le rôle et l'importance de la contre-prestation dans l'exercice de la *condictio :* le défendeur à l'action *(accipiens)* peut-il automatiquement et en tout état de cause porter en diminution de son enrichissement la valeur d'une contre-prestation qu'il a fournie au demandeur *(solvens)* en échange de la prestation qu'il a reçue de ce dernier ? Faut-il au contraire considérer que les deux prestations soumises à répétition sont tout à fait indépendantes l'une de l'autre, qu'elles font l'objet de deux *condictiones* distinctes et ne sont pas compensées de plein droit à concurrence de la plus petite de leurs deux valeurs ? Il est évident que le problème ne se pose exactement en ces termes que dans l'hypothèse d'un contrat bilatéral où les deux prestations ont déjà été exécutées par les deux intéressés, ne fût-ce que

[22] Cf. *supra* chap. IV note 15.

[23] Flume, Festschrift Niedermeyer, p. 161, 162, 164, 171 ; Blomeyer, AcP 1955 p. 537, 542, 543 ; Diesselhorst, p. 418 ; Flume, NJW 1970 p. 1161 et 1162 ; Enneccerus-Lehmann, § 227 III 7 p. 913.

[24] Von Tuhr, Festgabe Bekker, p. 291 à 322, spéc. p. 296, 297, 314, 315, 318 à 320.

partiellement [25]. Tel sera le cas, par exemple, lorsque l'errant ne découvre le vice affectant sa volonté qu'après l'exécution de la convention par les deux parties, ou lorsque le créancier se départ d'un contrat synallagmatique parfait en invoquant la demeure du débiteur alors que les deux partenaires ont déjà partiellement exécuté leurs prestations. La doctrine allemande propose deux solutions opposées, baptisées respectivement du nom de *Saldotheorie* et de *Zweikondiktionentheorie.*

A. *La Saldotheorie*

Les partisans de la *Saldotheorie* admettent que la bilatéralité génétique et fonctionnelle du contrat doit survivre à son annulation et s'appliquer à la relation juridique issue du démantèlement de la convention *(Rückabwicklung des Vertrages)* [26]. Les deux prétentions fondées sur l'enrichissement illégitime se trouvent donc dans un rapport d'échange analogue à la relation synallagmatique parfaite des deux prétentions contractuelles [27]. La *Saldotheorie* permet au défendeur à la *condictio,* soit *l'accipiens,* de ne rendre son enrichissement que moyennant la restitution, par le demandeur *(solvens),* de la contre-prestation que le premier a fournie au second. Si le *solvens* n'est plus enrichi de la contre-prestation parce qu'elle a été détruite par sa faute ou par cas fortuit, l'*accipiens* est en droit d'en imputer la valeur sur sa propre dette. Il ne restitue alors au *solvens* que la différence, le solde, d'où l'appellation de la théorie. La *Saldotheorie* est manifestement contraire au § 818/3 BGB[28], mais la doctrine et la jurisprudence allemandes dominantes s'en accommodent fort bien depuis des décennies [29]. On va même jusqu'à considérer que l'*accipiens* n'est jamais enrichi de toute la prestation que lui fournit le *solvens,* puisqu'il doit en contrepartie remettre à ce dernier une contre-prestation dont il est appauvri dès qu'elle est exécutée. Il n'y a

[25] Bussy, p. 124 ; Medicus, *Bürgerliches Recht,* § 12 II 3 p. 98 ; Palandt-Thomas, N 6 D c ad § 818 BGB.

[26] BGHZ 57 p. 137, spéc. p. 147, 148, 150 ; Medicus, *Bürgerliches Recht,* § 12 II 3 p. 97 s. ; Palandt-Thomas, N 6 D b ad § 818 BGB ; Staudinger-Seuffert, N 45 ad § 818 BGB ; Staudinger-Engelmann, 9e éd., 1929, N 5 c ad § 818 BGB ; Larenz, *Schuldrecht* II, § 70 III p. 441 ; Blomeyer, AcP 1955 p. 535 ; Diesselhorst, p. 418 ; Huber, p. 443 ; Wieling, p. 397.

[27] Lent, p. 286.

[28] Riehl, p. 807 ; Emmerich, JUS 1972 p. 215 ; Wieling, p. 397.

[29] RGZ 94 p. 253 ; RGZ 105 p. 29, spéc. p. 31 ; RGZ 141 p. 310, spéc. p. 312 ; BGHZ 1 p. 75, spéc. p. 81 ; BGHZ 57 p. 137, spéc. p. 147 à 151 ; Larenz, *Schuldrecht* II, § 70 III p. 441 ; Soergel-Siebert, N 41 ad § 818 BGB ; Staudinger-Seuffert, N 45 ad § 818 BGB ; Erman-Seiler, N 27 ad § 818 BGB ; Palandt-Thomas, N 6 D b ad § 818 BGB.

dès lors enrichissement soumis à répétition que dans la mesure de l'écart de valeur entre prestation et contre-prestation [30]. Les prétentions basées sur l'enrichissement illégitime se fondent et se concentrent en une action unique, dont l'objet est la différence de valeur entre la prestation et la contre-prestation, et dont l'exercice appartient à celui des partenaires qui est plus appauvri par la contre-prestation fournie qu'il n'est enrichi par la prestation reçue [31]. La contre-prestation fournie par l'*accipiens* est considérée comme un élément négatif qui réduit l'enrichissement de son auteur, exactement au même titre que tous les autres frais qui causent à l'enrichi un désavantage à l'occasion de son enrichissement, ainsi les impenses, les frais d'acquisition de la prestation ou le dommage que l'objet acquis indûment fait subir à l'*accipiens* [32].

Des considérations d'équité ne sont assurément pas étrangères à la doctrine et à la jurisprudence allemandes aujourd'hui dominantes [33]. Imaginons par exemple que A vende à B une montre le 31 octobre. Le contrat est exécuté sur-le-champ, mais B invoque peu après une erreur essentielle pour invalider la convention et récupérer son argent. L'acheteur avertit le vendeur le 10 novembre et les partenaires se préparent à se restituer mutuellement leurs prestations. La montre se révèle introuvable, elle a disparu dans la nuit du 12 novembre lors d'un cambriolage dont l'acheteur B a été victime. La perte de la montre est incontestablement un cas fortuit qui n'engage pas la responsabilité aquilienne de B. La *Saldotheorie* permet au vendeur de restituer le prix de vente sous déduction de la valeur de la montre disparue, quand bien même l'acheteur n'en est plus enrichi depuis le cambriolage. Cette solution ne devrait pas heurter notre sentiment de la justice, du moins à première vue. Est-ce une raison suffisante pour donner à la *Saldotheorie* une portée générale et surtout pour affirmer qu'elle est en harmonie avec les principes théoriques de la *condictio ?* Personnellement, nous ne le pensons pas. Nous entendons présenter maintenant la théorie opposée, et nous nous efforcerons de montrer pourquoi nous la croyons plus juste sur le plan dogmatique et tout aussi équitable, ou pas moins inéquitable, sur le plan des résultats pratiques auxquels elle aboutit.

[30] Palandt-Thomas, N 6 D b ad § 818 BGB.

[31] Flume, Festschrift Niedermeyer, p. 160 ; Schwenn, p. 148 ; Blomeyer, AcP 1955 p. 534 ; Flume, NJW 1970 p. 1161 ; Huber, p. 442 ; Larenz, *Schuldrecht* II, § 70 III p. 441 ; Soergel-Siebert, N 41 et 42 ad § 818 BGB ; Staudinger-Seuffert, N 45 ad § 818 BGB.

[32] Von Tuhr-Thilo, § 52 II 2 et 3, p. 390 à 394 ; von Tuhr, Festgabe Bekker, p. 305 à 314 ; Oertmann, Recht 1919 p. 329 s. ; Palandt-Thomas, N 6 D b ad § 818 BGB.

[33] BGHZ 57 p. 137, spéc. p. 147 ; Erman-Seiler, N 27 ad § 818 BGB ; Wieling, p. 397.

B. *La Zweikondiktionentheorie*

Les représentants les plus illustres de la *Zweikondiktionentheorie* furent incontestablement von Tuhr et Oertmann, il y a plus de cinquante ans [34]. Ils se montrèrent les défenseurs acharnés de cette théorie, mais furent malheureusement les grands perdants de la bataille, gagnée par les tenants de la *Saldotheorie* [35].

Les partisans de la *Zweikondiktionentheorie* refusent une des prémisses de la théorie adverse : la bilatéralité du contrat ne s'applique pas au démantèlement de la convention *(Rückabwicklung des Vertrages)* en général, ni aux prétentions fondées sur le droit de l'enrichissement illégitime en particulier. Ces dernières ne sont pas dans un rapport synallagmatique parfait, elles sont indépendantes l'une de l'autre et font l'objet de deux *condictiones* distinctes [36]. Elles tirent leur origine d'une cause qui ne leur est pas commune. Ce n'est en effet pas le contrat inexistant, nul, invalidé ou résolu qui constitue comme tel le fondement des deux actions, mais bien le transfert *sine causa* des valeurs patrimoniales, effectué en exécution dudit contrat. Von Tuhr relève avec la plus grande pertinence qu'une telle convention ne fait naître aucune créance entre les parties, mais que l'accomplissement de la prestation prévue par la convention nulle constitue l'enrichissement illégitime soumis à répétition [37]. Oertmann va dans le même sens en affirmant que la conclusion du contrat nul n'est pas une condition nécessaire et suffisante de l'enrichissement illégitime : pas nécessaire, dans la mesure où l'*accipiens* (enrichi) peut acquérir un indu indépendamment de tout contrat passé avec le *solvens,* par exemple lorsque le premier reçoit d'un tiers, en cadeau, un billet de banque égaré par le second et ramassé peu après par le tiers ; pas suffisante, dans la mesure où l'indu se rapporte toujours à un déplacement de patrimoine qui doit avoir eu lieu effectivement, par un transfert de droit ayant l'apparence de la validité [38]. Von Tuhr affirme très justement que l'acheteur paie le prix de la chose non pas *acquirendi causa,* mais *solvendi causa,* soit en exécution de l'obligation qu'il croit avoir valablement contractée [39]. Le prix payé par l'acheteur ne constitue pas dès lors une diminution de l'enrichissement que représente pour lui la chose reçue

[34] Von Tuhr, Festgabe Bekker, p. 307 à 309 ; *idem, Allg. Teil* II/I, p. 358 ; von Tuhr-Thilo, § 53 II 3 d p. 392 ; Oertmann, *Recht der Schuldverhältnisse,* N 3 a α ad § 818 BGB ; *idem,* DJZ 1915 p. 1063 à 1067 ; *idem,* Recht 1919 p. 329 à 336.

[35] Cf. *supra* chap. IV note 29.

[36] Von Tuhr, Festgabe Bekker, p. 309 ; Riehl, p. 804 et 808 ; Bussy, p. 125 ; Comment, p. 139 et 144.

[37] Von Tuhr, Festgabe Bekker, p. 308.

[38] Oertmann, DJZ 1915 p. 1066 ; *idem,* Recht 1919 p. 332.

[39] Von Tuhr, Festgabe Bekker, p. 309.

du vendeur [39]. Les deux prestations sont prises en considération séparément, singulièrement, individuellement : chacun des deux partenaires est titulaire d'une *condictio* dans la mesure où l'autre est enrichi, les deux actions sont indépendantes et la contre-prestation fournie par l'*accipiens* ne saurait être portée de plein droit en déduction du montant de son enrichissement, représenté lui-même par la valeur de la prestation qu'il a reçue du *solvens*.

Von Tuhr, Oertmann et leurs adeptes n'ont pas pour autant nié qu'il existât un lien entre la prestation et la contre-prestation dans l'exercice des deux *condictiones :* les auteurs admettent en effet que le défendeur à la première action ouverte en justice, soit l'*accipiens,* est en droit d'opposer à son adversaire *(solvens)* un droit de compensation ou de rétention *(Zurückbehaltungsrecht)* à concurrence du montant de l'enrichissement que représente, pour le *solvens,* la contre-prestation qu'il a reçue de l'*accipiens* en échange de la prestation répétée. Les auteurs allemands recourent à la règle légale expresse du § 273 BGB [40]. Cet article n'a pas d'équivalent en droit suisse et le Tribunal fédéral n'a, jusqu'ici, pas eu l'occasion, du moins à notre connaissance, de se prononcer précisément sur le problème que nous examinons ici. Notre haute cour a toutefois abordé une question très proche dans la cause *Gresser contre Baumgartner* [41] : les parties avaient passé et exécuté un contrat de vente portant sur la livraison d'une presse à plaquer. La convention fut invalidée en raison d'une erreur essentielle. La voie de la revendication était ouverte au vendeur désireux de reprendre la presse, celle de la *condictio* à l'acheteur soucieux de récupérer le prix d'achat. Le Tribunal fédéral admit une *exceptio non adimpleti contractus utilis* et condamna les deux parties à exécuter simultanément *(Zug um Zug)* les obligations découlant pour elles de l'invalidation du contrat. La solution adoptée par le Tribunal fédéral nous paraît correspondre à celle du § 273 BGB. Il n'y a pas lieu de penser que le système devrait être différent dans les cas où l'invalidation du contrat ne donne pas lieu à une action en revendication et à une *condictio,* comme dans la cause *Gresser contre Baumgartner,* mais à deux *condictiones,* soumises aux articles 62 et suivants CO. La revendication tend à la récupération de la chose *in natura,* par définition. La restitution de l'article 64 CO a lieu en nature toutes les fois qu'elle est possible ; la restitution en argent est subsidiaire, exceptionnelle [42]. Pourquoi donc faudrait-il traiter différemment deux hypothèses comparables ?

[40] Von Tuhr, Festgabe Bekker, p. 309 ; *idem, Allg. Teil* II/1, p. 358 ; Oertmann, Recht 1919 p. 333 ; *idem, Recht der Schuldverhältnisse,* N 3 a α ad § 818 BGB.

[41] RO 83 II 18 c. 7 = JdT 1957 I 492 ; von Tuhr-Thilo, § 39 IV p. 277 ; von Büren, p. 225 ; Engel, p. 235.

[42] Becker, N 1 ad art. 64 CO ; Oser-Schönenberger, N 2 ad art. 64 CO ; Engel, p. 404 ; cf. § 818/2 BGB pour le droit allemand.

L'admission de l'*exceptio non adimpleti contractus utilis* confirme d'ailleurs le bien-fondé de la *Zweikondiktionentheorie :* si les deux prétentions fondées sur l'enrichissement illégitime n'étaient pas distinctes et indépendantes, mais que l'action unique n'eût pour objet que la différence de valeur entre la prestation et la contre-prestation, l'*exceptio utilis* n'aurait pas sa raison d'être puisque la mesure de l'enrichissement serait automatiquement et de plein droit fournie par l'écart entre les deux valeurs patrimoniales échangées [43]. La portée de l'arrêt nous paraît dépasser largement les faits de la cause et nous serions enclin à appliquer la même règle dans le cadre de l'article 109 CO, soit dans des hypothèses où la revendication est exclue et où les seules normes de la *condictio* sont applicables, en tout cas pour tout ce qui touche à la mesure de la responsabilité selon les articles 64 et 65 CO [44].

Le *Zurückbehaltungsrecht* du § 273 BGB et l'*exceptio non adimpleti contractus utilis* de la jurisprudence helvétique n'ont aucune incidence sur l'étendue des obligations qu'ils concernent, mais seulement sur les modalités de leur exécution [45]. Le contenu de l'obligation, ou plutôt des deux obligations réciproques de restitution, nous paraît être déterminé par l'article 64 CO et le § 818/3 BGB, interprétés tous deux à la lumière de la *Zweikondiktionentheorie*. Pour nous exprimer en d'autres termes, nous dirons que l'*exceptio utilis* et le § 273 BGB ne portent pas atteinte à l'indépendance matérielle des deux actions en présence, dont les objets respectifs sont déterminés isolément, mais qu'ils créent entre elles un lien de dépendance formelle et procédurale, au niveau de leur exercice et de l'exécution des obligations qu'elles imposent.

Il est de bon ton d'invoquer des considérations d'équité à l'appui de la *Saldotheorie* [46]. L'argument n'est certes pas sans valeur, mais des motifs de même nature devraient permettre, ici ou là, d'ancrer solidement la *Zweikondiktionentheorie* dans notre ordre juridique. Le Tribunal fédéral allemand n'a pas manqué de le faire récemment, à deux reprises [47]. Il s'agissait de demandeurs qui avaient acheté un véhicule d'occasion, puis avaient été victimes d'un accident de la circulation. Tous deux s'aperçurent peu après que leur vendeur avait dolosivement maquillé le compteur kilométrique. Ils invalidèrent le contrat pour ce motif et demandèrent à leur vendeur la restitution de tout le prix d'achat. L'accident était survenu sans faute de l'acheteur dans le premier cas, par sa faute dans le second. Les juges allemands

[43] SCHWENN, p. 149.

[44] Cf. *supra* chap. III note 24.

[45] PALANDT-HEINRICHS, N 1 b ad § 273 BGB.

[46] Cf. *supra* chap. IV note 33.

[47] BGHZ 53 p. 144 = rés. JUS 1970 p. 300 ; BGHZ 57 p. 137 = rés. JUS 1972 p. 215.

examinèrent les prétentions fondées sur l'enrichissement illégitime et admirent, dans les deux cas, le principe de la *Zweikondiktionentheorie :* l'acheteur est en droit de répéter le prix d'achat (soit le montant dont le vendeur est enrichi) contre la restitution des restes de la voiture (ce dont l'acheteur est encore enrichi) [48]. Le BGH sanctionna donc le comportement dolosif du vendeur en privant ce dernier des avantages de la *Saldotheorie,* qui lui aurait permis de déduire du prix d'achat la valeur de la voiture au moment de la livraison. On peut encore imaginer d'autres cas où l'équité devrait faire obstacle à l'application de la *Saldotheorie.* Nous pensons en particulier aux hypothèses dans lesquelles un incapable acquiert valablement la propriété malgré la nullité du contrat, ainsi lorsque la vente porte sur une chose de genre ou un corps certain dont il devient propriétaire par les effets de la spécification ou de l'adjonction. Si le représentant légal de l'incapable refuse de ratifier l'acte, tant l'acheteur que le vendeur pourront répéter les prestations fournies en suivant les règles des articles 62 et suivants CO. La mesure de l'enrichissement de chacune des deux parties est donnée par ce dont elle-même est encore enrichie, peu importe que tout ou partie de la contre-prestation fournie ait disparu ou ait été détérioré par un événement fortuit. Il serait en effet choquant que l'ordre juridique permette au vendeur de porter *ipso jure* en déduction du prix de vente à restituer une somme correspondant à la dépréciation ou à la perte fortuite de la chose survenue alors que cette dernière se trouvait en mains de l'acheteur incapable. La protection des mineurs et interdits est un des objectifs prioritaires du droit civil et le juge ne doit pas hésiter à la faire passer avant la sécurité des transactions, même lorsque les partenaires contractuels sont de bonne foi. Celui qui traite avec des incapables ne mérite en règle générale aucune protection, il agit à ses risques et périls.

C. *Portée de la controverse*

La querelle entre la *Saldotheorie* et la *Zweikondiktionentheorie* n'est pas réservée aux discussions abstraites des théoriciens du droit. Elle déploie au contraire des effets très concrets. En pratique, la question se pose au moment où l'une des deux prestations échangées en exécution du contrat inexistant, nul, invalidé ou résolu a disparu ou diminué de valeur alors qu'elle était encore en mains de l'*accipiens,* donc avant qu'elle ne soit répétée par le *solvens.* Il s'agit en définitive de savoir lequel des deux partenaires

[48] BGHZ 57 p. 137, spéc. p. 149 à 151 ; Palandt-Thomas, N 6 D c ad § 818 BGB ; Huber, p. 442 ; dans l'arrêt paru au BGHZ 57 p. 137, le BGH a cependant limité le montant de la somme à restituer pour tenir compte de la faute commise par l'acheteur conducteur, sur la base du § 242 BGB.

va supporter le poids du cas fortuit [49]. La *Saldotheorie* fait supporter les risques à l'*accipiens :* défendeur à la *condictio,* il doit accepter de voir l'enrichissement qu'il répète par la voie des conclusions reconventionnelles diminué de la valeur de la prestation reçue du *solvens,* même si cette dernière n'existe plus dans son patrimoine, donc même s'il n'est plus enrichi. La *Zweikondiktionentheorie* met les risques à la charge du *solvens:* demandeur à l'action, il ne peut répéter que dans la mesure où l'*accipiens* est encore enrichi de la prestation reçue ; dès que cette dernière a disparu ou perdu de sa valeur, l'enrichissement tombe dans la même mesure et l'action du *solvens* est vouée à l'échec. Les conclusions reconventionnelles de l'*accipiens* ne sont pas pour autant rejetées *ipso facto,* puisque « l'inexécution des obligations par l'une des parties ne met pas du tout obstacle à l'action de l'autre » [50].

La querelle n'a pour ainsi dire pas été importée en Suisse. Le Tribunal fédéral appliqua la *Saldotheorie* avec netteté en 1907 [51], puis maintint apparemment son point de vue en 1938 [52]. La doctrine ne se rallie pas à l'avis de notre haute cour : Bussy et von Tuhr prennent une position tranchée en faveur de la *Zweikondiktionentheorie* [53] alors que Comment et Aerni [54] relèvent l'indépendance des *condictiones* appartenant aux deux partenaires, ce qui équivaut à un refus de la *Saldotheorie.* Nous nous rallions personnellement à la conception développée par von Tuhr et Oertmann : la *Zweikondiktionentheorie* nous paraît en effet seule conciliable avec la règle de l'article 64 CO et du § 818/3 BGB. Nous rejetons donc la *Saldotheorie* et nous nous proposons de mettre en évidence quelques-unes de ses failles les plus importantes avant d'examiner par quel moyen il est possible de tempérer les conséquences rigoureuses mais nécessaires de la *Zweikondiktionentheorie.*

D. *Critique et rejet de la Saldotheorie*

1. L'application de la *Saldotheorie* a pour effet de mettre les risques à la charge de l'*accipiens* lorsque les deux prestations ont été exécutées, alors que le cas fortuit pèse nécessairement sur le *solvens* lorsqu'il a seul

[49] BGHZ 57 p. 137, spéc. p. 142, 143, 151 ; Larenz, *Schuldrecht* II, § 70 III p. 442 ; Soergel-Siebert, N 41 et 42 ad § 818 BGB ; Staudinger-Seuffert, N 45 a ad § 818 BGB ; Erman-Seiler, N 27 ad § 818 BGB ; Palandt-Thomas, N 6 D b ad § 818 BGB ; von Tuhr, Festgabe Bekker, p. 309 ; Oertmann, Recht 1919 p. 334 ; Bussy, p. 124 s. ; Schwenn, p. 148 ; Blomeyer, AcP 1955 p. 535 ; Wieling, p. 397, 401, 402.

[50] Comment, p. 144.

[51] RO 33 II 539 c. 2 et 4 ; Bussy, p. 124.

[52] RO 64 II 132 c. 4 = rés. JdT 1939 I 191.

[53] Von Tuhr-Thilo, § 53 II 3 d p. 392 ; Bussy, p. 124 s.

[54] Comment, p. 139 et 144 ; Aerni, p. 72 s.

exécuté sa prestation [55]. Enneccerus-Lehmann donnent l'exemple suivant, valable en droit allemand conformément au principe de la tradition abstraite : l'acheteur A et le vendeur B ont exécuté un contrat de vente en réalité nul. A et B peuvent répéter par la voie de la *condictio* les prestations qu'ils ont échangées *sine causa*. Si la chose vendue par B a disparu fortuitement entre-temps, alors qu'elle se trouvait encore chez A, la *Saldotheorie* met les risques à la charge de l'acheteur A : le vendeur B peut en effet déduire du prix de vente qu'il doit restituer un montant correspondant à la valeur de l'objet lors de l'exécution du contrat, puisque la livraison de la chose diminue d'autant la valeur de l'enrichissement dont il est débiteur. En revanche, si l'acheteur n'a pas encore payé le prix, c'est le vendeur qui supporte les risques : B ne peut pas exiger le paiement du prix, comme la vente est nulle, ni la restitution de la chose ou de sa valeur, comme l'acheteur n'en est plus enrichi. En cas d'exécution unilatérale, on en revient donc nécessairement au régime de la *Zweikondiktionentheorie :* les risques sont à la charge du *solvens*. La *Saldotheorie* ne peut en effet pas s'appliquer dans la seconde hypothèse, étant donné qu'elle présuppose l'exécution du contrat par les deux parties. Cette différence de traitement, suivant que l'acheteur a ou n'a pas payé le prix, nous paraît curieuse, paradoxale et très contestable. Nous ne voyons aucun argument susceptible de la justifier et pensons au contraire, avec Flume, qu'elle marque une des grandes faiblesses de la *Saldotheorie* [56].

2. Dans le prolongement de la remarque qui précède, on peut encore relever une différence surprenante, en matière de responsabilité pour cas fortuit, suivant que les deux prétentions opposées sont fondées sur l'enrichissement illégitime ou que l'une seule d'entre elles est une *condictio,* l'autre étant une action en revendication. Cette dernière situation peut se présenter en droit allemand, notamment lorsque l'acte de disposition est nul en raison de l'incapacité du cédant [57]. Elle apparaîtra plus fréquemment en droit suisse, notamment dans les cas où le contrat exécuté est ensuite invalidé en raison d'un vice du consentement : l'acheteur peut répéter le prix en exerçant une *condictio* et le vendeur du corps certain peut récupérer celui-ci en ouvrant action en revendication. Si le corps certain a péri par cas fortuit, sans qu'il y ait enrichissement de l'*accipiens,* la revendication du vendeur est exclue faute d'objet. L'acheteur peut en revanche répéter le prix qu'il a payé dans

[55] Bussy, p. 124 s. ; Flume, Festschrift Niedermeyer, p. 162 ; *idem,* NJW 1970 p. 1162 ; Enneccerus-Lehmann, § 227 III 7 p. 913 ; Staudinger-Seuffert, N 45 a ad § 818 BGB.

[56] Flume, Festschrift Niedermeyer, p. 162 ; *idem,* NJW 1970 p. 1162.

[57] Oertmann, DJZ 1915 p. 1064 s. ; Flume, Festschrift Niedermeyer, p. 164 ; Diesselhorst, p. 418.

la mesure où le cocontractant est encore enrichi. Selon le droit de l'enrichissement illégitime, le vendeur ne peut pas se prévaloir de la perte de la chose pour refuser tout ou partie de la restitution du prix à l'acheteur [58]. Nous venons de voir, en effet, que le § 273 BGB et l'*exceptio non adimpleti contractus utilis* du droit suisse n'ont aucune incidence sur le contenu des obligations mais seulement sur leurs modalités d'exécution [59]. Le vendeur supporte donc le poids du risque, conformément à la *Zweikondiktionentheorie* et contrairement à la *Saldotheorie*. Cette dernière subit par conséquent un échec assez sérieux puisqu'elle s'avère inefficace dans les hypothèses où une *condictio* et une action en revendication sont exercées dans le but de récupérer deux prestations échangées sans cause [60].

3. Oertmann a posé à ses adversaires une question assez insidieuse à laquelle ils ne semblent avoir donné aucune réponse satisfaisante jusqu'ici [61] : comment appliquer la *Saldotheorie* dans l'hypothèse où l'objet répété existe encore *in natura* chez l'*accipiens*, mais a perdu une partie de sa valeur par suite de détérioration ou d'utilisation par l'*accipiens* sans que ce dernier soit enrichi? La restitution en nature paraît s'imposer puisque le § 818/2 BGB n'autorise la restitution en argent que lorsque le premier mode est impossible [62]. Oertmann s'oppose catégoriquement à une modification jurisprudentielle du mode légal de restitution et relève que le montant correspondant à la moins-value ne peut pas être répété concurremment en espèces puisque, par hypothèse, l'*accipiens* n'est pas enrichi.

4. Un autre paradoxe inexplicable de la *Saldotheorie* apparaît dans l'épreuve de patience qu'elle impose aux parties, en avantageant celle d'entre elles qui attend d'être actionnée par l'autre en répétition de l'indu [63] : si le partenaire A, dont la prestation a péri par cas fortuit entre les mains de B, soit après exécution, ouvre action le premier contre B, il n'obtiendra que ce dont B est encore enrichi, soit rien ou peu de chose ; si A attend en revanche que B prenne l'initiative du procès, il pourra déduire de son enrichissement la valeur de la prestation qu'il a lui-même remise à B, sans égard au fait qu'elle ait disparu par cas fortuit. Le hasard de la procédure est donc susceptible de bouleverser complètement les résultats de l'action. Rien ne saurait justifier une pareille loterie.

[58] Oertmann, DJZ 1915 p. 1064 ; cf. *supra* chap. IV § 1 II B.

[59] cf. *supra* chap. IV § 1 II B.

[60] Diesselhorst, p. 418.

[61] Oertmann, Recht 1919 p. 334.

[62] Pour le droit suisse, cf. Oser-Schönenberger, N 2 ad art. 64 CO ; Becker, N 1 ad art. 64 CO ; Engel, p. 404.

[63] Oertmann, DJZ 1915 p. 1065 ; *idem*, Recht 1919 p. 335.

5. Si les deux prestations existent encore *in natura* mais ont partiellement perdu leur valeur, on voit mal comment il est possible d'appliquer la *Saldotheorie* et de procéder à la compensation qu'elle implique, surtout si la nature des deux prestations est différente ! La seule issue consiste à se contenter du § 273 BGB et de l'*exceptio non adimpleti contractus utilis,* conformément à la *Zweikondiktionentheorie.*

6. On peut se demander s'il est judicieux d'appliquer la *Saldotheorie* au rapport juridique issu de l'enrichissement illégitime, en mettant ainsi les risques à la charge de l'*accipiens* (acheteur), alors que l'action rédhibitoire lui est ouverte quand bien même la chose a péri entre ses mains par cas fortuit [64]. Blomeyer répond par la négative et affirme qu'il n'y a pas de raison de traiter différemment l'acheteur suivant qu'il est défendeur à la *condictio* ou demandeur à l'action rédhibitoire. Les remarques du professeur allemand prennent toute leur valeur en cas de concours entre les deux actions, par exemple lorsque le contrat de vente est invalide en raison d'un vice de la volonté et que l'acheteur se prévaut en même temps d'un défaut de la chose pour intenter l'action rédhibitoire [65].

Les quelques critiques que nous venons de formuler nous paraissent décisives et c'est vraiment sans regret que nous rejetons la *Saldotheorie.* Son application s'avère en effet difficile, inéquitable ou même impossible. Les exceptions à la règle sont trop nombreuses, les différences de traitement qu'elles entraînent trop extravagantes, incompréhensibles et injustifiées. Nous sommes donc contraint — et cela ne nous paraît pas constituer un fardeau bien lourd — de revenir à la *Zweikondiktionentheorie* que von Tuhr et Oertmann ont vainement tenté d'imposer.

E. *Lacunes de la condictio. Nécessité d'un correctif*

Nous avons donc donné la préférence à la *Zweikondiktionentheorie* dans les cas où l'option entre les deux conceptions est ouverte, c'est-à-dire lorsque les deux parties ont à la fois qualité de créancière et de débitrice d'un enrichissement illégitime. Nous sommes en revanche dans l'obligation d'appliquer des règles analogues à celles de la *Zweikondiktionentheorie* lorsque la *Saldotheorie* est inutilisable, ainsi dans les hypothèses où une seule des parties a exécuté ou lorsque les deux prestations ont bel et bien été échangées, mais que l'une seule d'entre elles peut faire l'objet d'une *condictio,* l'autre étant récupérée par la voie de l'action en revendication.

[64] Cf. art. 207/1 CO ; Oser-Schönenberger, N 2 et 3 ad art. 207 CO.
[65] Blomeyer, AcP 1955 p. 537, 542, 543.

On ne saurait affirmer la primauté de la *Zweikondiktionentheorie* sans relever les dangers qu'elle fait courir au *solvens* et les pertes qu'elle peut lui causer quand la prestation fournie est ensuite anéantie ou dépréciée par un risque qui se réalise chez l'*accipiens*. L'article 64 CO et le § 818/3 BGB sont en effet très durs pour le *solvens :* ce dernier ne peut répéter sa prestation ou sa valeur que dans la mesure où l'*accipiens* est encore enrichi au moment de la répétition. Le droit germano-suisse de l'enrichissement illégitime met donc les risques à la charge du *solvens* [66]. Il nous paraît nécessaire de tempérer la rigueur dont la loi fait preuve à l'égard du créancier demandeur à la *condictio*. Il existe assurément plusieurs remèdes à cette situation, mais l'ordre juridique offre en particulier un correctif judicieux pour les cas où il est prévu : l'obligation de réparer l'intérêt négatif permet en effet bien souvent au créancier de combler les lacunes de la *condictio* ou de la revendication. Nous nous efforcerons de montrer par quelques exemples concrets pourquoi et comment le lésé peut obtenir, par les dommages-intérêts négatifs, la couverture d'un préjudice fortuit pour lequel il ne serait sans cela peut-être pas indemnisé.

III. Extension de la responsabilité pour intérêt négatif à la réparation du dommage survenu par cas fortuit

A. *Trois cas pratiques*

1. Envisageons tout d'abord le cas d'un dommage survenant à l'occasion de pourparlers précontractuels avant que ceux-ci n'aboutissent à la conclusion de la convention [67] : A est un amateur de monnaies anciennes. Il apprend que B en possède et serait éventuellement disposé à les vendre. A prend contact avec B, entame les négociations et invite son partenaire à lui envoyer quelques pièces déterminées à l'examen, afin qu'il puisse mieux se décider. B expédie les monnaies à A. Ce dernier examine longuement la marchandise et, alors qu'il n'est pas décidé à acheter, affirme faussement à B que l'affaire est en bonne voie et que le marché va être conclu. A entend par là prolonger l'occasion favorable qui se présente à lui. Pour avoir un nouveau prétexte dilatoire, A envoie les pièces à un expert qui prétend ensuite ne pas les avoir reçues. A se trouve dès lors dans l'impossibilité absolue de restituer à B les monnaies qui ont fait l'objet des pourparlers. Craignant la réaction de son partenaire, A tait à B la disparition des pièces

[66] RO 45 II 447 c. 2.

[67] Frank, p. 106 à 109.

et entretient en lui l'espoir que les négociations vont aboutir à un accord aussitôt qu'il aura l'argent nécessaire à l'achat. Confiant dans les propos rassurants que lui tient A, B poursuit les négociations et renonce à rechercher un autre acquéreur pour ses monnaies. La réalité finit pourtant par apparaître au grand jour et les négociations se soldent par un échec. Il n'y a dans cette hypothèse même pas l'apparence d'un accord parfait, le contrat est inexistant.

2. Imaginons ensuite un cas en rapport avec l'article 26 CO et le § 122 BGB. A et B discutent longuement de l'achat, par A à B, d'un petit appareil de mesure hautement perfectionné destiné à prendre place dans le complexe des installations techniques de A. Ce dernier renseigne le futur vendeur sur l'utilisation qu'il entend faire de l'appareil, sur l'emplacement qu'il lui réserve et il indique à son partenaire les dimensions extérieures maximales de l'objet. Le contrat est conclu, puis exécuté. L'acheteur A s'aperçoit aussitôt que l'appareil livré est inutilisable pour lui, tout simplement parce qu'il s'est trompé dans les mesures qu'il avait indiquées précédemment au vendeur. A se prévaut de son erreur, invalide le contrat et va rapporter l'appareil au vendeur. En cours de route, A fait une chute sur le verglas et laisse tomber son précieux chargement : l'instrument ne supporte pas le choc, il est gravement endommagé et le mal est irréparable.

3. Envisageons enfin que A et B aient passé un acte successoral positif à titre onéreux : B a été institué héritier conventionnel de A et a remis à ce dernier, entre vifs, différents objets mobiliers parmi lesquels figure une voiture de collection ayant une grande valeur. Contrairement à toute attente, A dilapide sa fortune en faisant plusieurs libéralités inconsidérées à des tiers, au mépris des engagements pris envers B. La doctrine admet que la faute du disposant A autorise l'institué B à résilier le pacte successoral et à répéter immédiatement les prestations entre vifs qu'il a fournies, conformément à l'article 109 CO[68]. B fait usage de ce droit et répète les différents biens dont il avait transféré la propriété à A. Par malheur, le feu réduit en cendres la villa et le garage de A : la vieille voiture dont B s'apprêtait à demander la restitution n'est plus qu'un amas de ferraille sans valeur.

Les trois cas envisagés appellent quelques précisions :

1. La propriété des monnaies expédiées par B n'a été valablement acquise par A ni en droit suisse ni même en droit allemand. Le contrat de vente entre A et B n'a pas été conclu et l'accord sur le transfert du droit réel n'est pas intervenu, même en apparence. B est donc resté propriétaire des monnaies

[68] Tuor, N 28 ad art. 494 CCS ; Escher, N 13 ad art. 494 CCS ; Piotet, TDS IV, p. 172 s. ; Gauthier, thèse, p. 120 s.

et c'est en principe par l'exercice de l'action en revendication qu'il peut retrouver la maîtrise et la possession de son bien. Dans le cas particulier, l'action réelle ne saurait toutefois être intentée avec succès : les monnaies ont disparu et la revendication est sans objet.

2. L'acheteur A de l'appareil de précision n'en acquiert pas valablement la propriété en droit suisse : le contrat est invalidé en raison d'une erreur essentielle, la cause du transfert fait défaut, malgré le changement de possession, et le vendeur B est en droit de revendiquer l'objet [69]. L'action réelle est toutefois sans utilité puisque la chose est totalement endommagée. La solution serait différente en droit allemand, en raison du principe de la tradition abstraite [70] : l'acheteur A acquiert valablement la propriété de l'instrument, malgré l'invalidation de la vente, et le vendeur B ne peut que le répéter au sens des §§ 812 et suivants BGB.

3. Il est enfin certain que le disposant A a valablement acquis la propriété des biens que l'institué lui a remis en exécution du pacte successoral d'attribution qu'ils ont conclu [71]. L'attitude anticontractuelle du disposant A autorise le cocontractant B à résoudre la convention et à répéter les prestations qu'il lui a fournies entre vifs. L'action en restitution, que l'article 109/1 CO mentionne spécialement, est de nature personnelle, elle est fondée sur le droit de l'enrichissement illégitime et se trouve comme telle soumise aux articles 64 et 65 CO [72]. La destruction de la vieille voiture par le feu réduit à néant la *condictio* que le cocontractant B est en droit d'intenter au disposant A : l'automobile est perdue, le disposant A n'est plus enrichi au sens de l'article 64 CO et l'action de B s'avère sans objet, inutile, inefficace.

La victime B dispose assurément, dans les trois cas que nous venons d'envisager, d'un moyen de droit pour assurer la sauvegarde de ses intérêts, du moins en théorie : l'action en revendication dans les deux premières hypothèses et l'action en répétition de l'indu dans la troisième. Ces voies de droit sont pratiquement paralysées par la réalisation du risque qui affecte la chose. La disparition fait échec à la revendication du propriétaire. Une fois de plus, nous pouvons constater la sévérité dont les articles 62 et suivants CO font preuve à l'égard du créancier : l'article 64 CO met les risques à la charge du *solvens* lorsque la chose a péri chez l'*accipiens* sans qu'il y ait enrichissement de ce dernier [73].

[69] Cf. *supra* chap. IV § 1 I.

[70] Cf. *supra* chap. IV § 1 I note 15.

[71] Cf. *supra* chap. IV § 1 I note 20.

[72] Cf. *supra* chap. IV § 1 I notes 10 et 11.

[73] RO 45 II 447 c. 2 ; HONEGGER, p. 78 ; R. SCHMIDT, p. 64 ; VON TUHR, Festgabe Bekker, p. 309.

La dure réalité de l'action réelle et de la *condictio* ne doit pas pour autant décourager la victime. L'aliénateur B n'est pas condamné à se résigner sur son triste sort : l'ordre juridique permet en effet au lésé, dans les trois cas examinés, d'intenter une action en dommages-intérêts négatifs fondée respectivement sur la *culpa in contrahendo,* les articles 26 et 109 CO. Examinons de plus près la portée de cette action en responsabilité sur les trois préjudices fortuits que nous avons envisagés.

B. *Intérêt négatif et cas fortuit : le fondement de la responsabilité*

1. La faute précontractuelle de A, l'amateur de pièces anciennes, est de nature à causer un préjudice à son partenaire B, le propriétaire des monnaies. Ce dernier a certainement eu des frais de correspondance, de téléphone, de port ou de déplacement. A doit être rendu responsable de ce dommage dans la mesure où son comportement constitue une faute précontractuelle, soit un manquement aux obligations de diligence et de bonne foi que l'entrée en pourparlers impose aux négociateurs. La *culpa in contrahendo* est sanctionnée par l'action en réparation de l'intérêt négatif [74] et B n'aura aucune difficulté à obtenir l'adjudication de ses conclusions en réparation du dommage mentionné ci-dessus.

Qu'en est-il du préjudice bien plus important que représente la disparition fortuite et mystérieuse des monnaies ? Précisons tout d'abord que A peut très bien ne pas être subjectivement responsable de cette perte. La faute commise dans la manière de mener les pourparlers n'implique pas nécessairement une faute dans la disparition des monnaies. Si les deux fautes sont retenues à la charge du débiteur, elles vont se cumuler, mais n'auront entre elles qu'une relation géographique et temporelle vague, lointaine et sans importance spécifique : elles restent distinctes et la commission de l'une n'emporte pas forcément la commission de l'autre. Cela dit, comment va-t-on trancher la question de la responsabilité dans l'hypothèse où la perte des pièces est due à un événement fortuit et non à la faute de A ? Doit-on assimiler au dommage provoqué par la faute précontractuelle la perte fortuite des monnaies et rattacher ainsi à la *culpa in contrahendo* un préjudice dont elle ne saurait être considérée comme la cause proprement dite ?

On peut envisager de trouver la solution du problème dans la règle de l'article 185/1 CO : *res perit emptori.* La tentation apparaît d'autant plus grande que l'amateur A a déjà pris possession des monnaies, de telle sorte que le manque d'équité, que l'on reproche régulièrement à cette disposition

[74] Cf. *supra* chap. II §§ 1 et 2.

légale [75], tombe à faux dans le cas particulier. Le résultat ainsi obtenu est peut-être juste et opportun, mais le raisonnement juridique suivi nous paraît complètement erroné. D'une part, l'article 185/1 CO ne peut s'appliquer qu'à un contrat de vente valablement conclu [76] et non pas au projet encore indéfini d'une convention qui n'a même pas l'apparence d'un accord parfait. La réglementation de l'article 185/1 CO suscite déjà suffisamment d'oppositions dans le cadre de la vente [75] sans qu'il soit nécessaire d'étendre son champ d'application à la *culpa in contrahendo !* D'autre part, la responsabilité précontractuelle n'est pas régie par les dispositions spéciales du contrat envisagé, mais bien par les seules règles générales des articles 97 et suivants CO [77]. Il est donc exclu d'appliquer l'article 185/1 CO à la *culpa in contrahendo.*

La responsabilité de A nous paraît toutefois engagée pour la perte des monnaies même s'il n'a commis aucune faute dans leur disparition. En effet, il faut bien reconnaître que le cas fortuit survient alors que les pièces se trouvent dans la sphère d'influence de A. A est le seul à veiller sur les monnaies et c'est à lui qu'il appartient de prendre les mesures nécessaires à leur sauvegarde et à leur protection. A a la possession et la garde des monnaies, nous pensons qu'il doit en avoir le soin et la responsabilité [78]. Cette attribution de la responsabilité nous paraît d'autant plus justifiée que A sait ou doit savoir, en invitant B à lui envoyer les pièces, que ces dernières vont être exposées à des dangers et à des risques particuliers bien plus grands que si elles restaient à l'abri des parois blindées du coffre-fort de B. A demande de pouvoir examiner la chose chez lui. Il soumet ainsi les monnaies à des risques accrus. Il paraît en conséquence normal et juste que A supporte toutes les conséquences dommageables de la réalisation du risque couru. Il est certains dangers inhérents au jeu (pré)contractuel que les partenaires ne doivent pas pouvoir dissocier des relations (pré)contractuelles pour ne retirer de ces dernières que les avantages et aucun inconvénient. A nous semble donc responsable du cas fortuit au titre de l'intérêt négatif : B fait confiance à A et place tous ses espoirs dans la conclusion du contrat que son partenaire lui propose. B se sépare de son bien pour le remettre à A. Ce transfert de la garde, du contrôle et de la maîtrise des monnaies ne peut en l'occurrence pas se faire sans un transfert simultané de la responsabilité. La disparition des pièces n'est pas sans rapport avec l'élaboration et la

[75] Oser-Schönenberger, N 2 ad art. 185 CO ; Giger, N 22 et 74 ad art. 185 CO ; Bucher, p. 283 à 285 ; Secrétan, *Evolution récente du problème des risques,* p. 198 s. ; RO 84 II 158 = rés. JdT 1959 I 400.

[76] Giger, N 26 ad art. 185 CO ; Frank, p. 109 ; Franke, p. 64.

[77] Cf. *supra* chap. I § 2 VII et chap. II § 5.

[78] Becker, N 69 ad art. 97 CO ; Barth, p. 141 ; Larenz, *Schuldrecht* II, § 70 III p. 442 ; Huber, p. 444 ; Wieling, p. 397.

négociation du contrat de vente envisagé : si A et B n'étaient pas entrés en pourparlers, B n'aurait pas sorti les pièces de son *safe* et elles n'auraient pas eu l'occasion de disparaître ! Le débiteur précontractuel A répond de l'échec des négociations ainsi que du cas fortuit survenu à cette occasion dans sa sphère d'influence, même s'il n'a commis aucune faute dans la réalisation du risque.

La difficulté du problème posé par la responsabilité pour cas fortuit envisagée ici nous semble être la suivante : le risque a généralement une cause qu'il est malaisé d'attribuer à un individu plutôt qu'à un autre. Il se réalise fréquemment en marge de la volonté des intéressés et dépasse souvent leur aptitude à le prévenir. Cela nous amène à donner une formule négative de la responsabilité pour cas fortuit : personne n'est responsable du cas fortuit ; celui qui subit un tel dommage le supportera lui-même, non parce qu'il l'a mérité, mais tout simplement parce qu'il n'y a aucune raison de déplacer le fardeau du préjudice pour le mettre sur les épaules du cocontractant.

2. L'exemple de la destruction accidentelle de l'appareil de mesure confirme les résultats de l'analyse que nous venons de faire. Confiant dans la validité du contrat passé avec l'acheteur A, le vendeur B sort l'instrument de ses dépôts pour le remettre définitivement à A. L'appareil est désormais dans la sphère d'influence de A et B n'a plus aucun pouvoir sur lui. L'invalidation du contrat par l'errant A cause à B un *Vertrauensschaden* au sens de l'article 26 CO et du § 122 BGB. Ce préjudice ne comprend pas seulement les frais de téléphone, d'emballage ou d'expédition, mais encore et surtout la destruction du précieux instrument, peu importe qu'elle soit survenue sans faute de A. La perte ne se serait en effet pas produite si la négociation, la conclusion et, avant tout, si l'invalidation du contrat n'avaient pas eu lieu. Elle apparaît à cet égard comme une des conséquences de la confiance que le vendeur B a mise en vain dans la conclusion et la perfection de la convention passée avec A. Les dommages-intérêts négatifs dus par A doivent donc couvrir le dommage causé par la destruction fortuite de la chose, ainsi que l'admet la doctrine dominante en Suisse et en Allemagne [79]. Cet exemple nous permet de constater, une fois encore, que la responsabilité précontractuelle de l'errant permet au créancier de l'intérêt négatif d'obtenir la réparation de préjudices fortuits que les seules règles de l'enrichissement illégitime ou de la revendication auraient entièrement laissés à sa charge [80].

[79] Von Tuhr, ZSR 1897 p. 20 ; *idem, Allg. Teil* II/1, p. 597 ; Bachmann, p. 109 ; Hupka, p. 247 ; Franke, p. 63 à 67 ; R. Schmidt, p. 64.

[80] Flume, § 21 7 p. 423 s. ; Staudinger-Coing, N 9 ad § 122 BGB ; Larenz, *Allg. Teil,* § 20 II c p. 330 ; Erman-Westermann, N 5 ad § 122 BGB ; von Tuhr, *Allg. Teil* II/1, p. 358 s. ; cf. *supra* chap. III note 26.

3. Des règles analogues vont s'appliquer dans notre troisième exemple. La violation fautive du pacte successoral par le disposant A est à l'origine de la résiliation du contrat par l'institué B. Il serait scandaleux que A puisse échapper définitivement à l'obligation de restituer la voiture de collection en invoquant la disparition fortuite de celle-ci dans l'incendie ! La faute du disposant A va donner lieu à une action en dommages-intérêts négatifs que B pourra intenter sur la base de l'article 109 CO [81]. L'action de l'article 109/2 CO a notamment pour but de compléter et de renforcer la protection que l'article 109/1 CO accorde au créancier. L'intérêt négatif comprend ainsi la réparation du préjudice fortuit que la seule *condictio* de l'article 109/1 CO laisserait à la charge du lésé [82]. L'institué B pourra donc ajouter aux dommages-intérêts négatifs qu'il réclame à A la valeur de la voiture détruite dans l'incendie, bien que le sinistre ne soit pas dû à la faute de A.

C. *Remarques finales*

Il est temps de résumer le résultat auquel nous avons abouti : l'action en dommages-intérêts négatifs couvre la réparation du préjudice fortuit lorsque la chose atteinte se trouve dans la sphère d'influence du débiteur. L'intérêt négatif vole au secours de celui qui revendique une chose disparue ou répète un enrichissement inexistant [83]. Toutefois, il ne faut pas croire au miracle : le correctif examiné ne vaut que dans la mesure où l'ordre juridique accorde à la victime une action en dommages-intérêts négatifs. Dans tous les autres cas, le lésé devra généralement se contenter de l'action en revendication ou de la *condictio*. Cela vaut en particulier pour le débiteur de l'intérêt négatif qui a fourni une prestation au créancier. Imaginons qu'il ne parvienne pas à revendiquer ou à répéter utilement, parce que la chose a disparu ou perdu sa valeur. Il pourra peut-être opposer au créancier de l'intérêt négatif, en compensation, une prétention fondée sur la destruction fautive de la chose ou sur la disparition fautive de l'enrichissement. Cependant, il est très difficile de reprocher une *faute* à un partenaire (créancier de l'intérêt négatif) qui, confiant dans le caractère irrévocable de l'attribution qui lui a été faite, se comporte avec la chose comme un véritable propriétaire et n'a de comptes à rendre à personne sur l'utilisation qu'il en a faite... Il nous paraît en tout cas certain que la loi n'accorde aucune protection à la victime du préjudice

[81] Cf. *supra* chap. IV note 68, spéc. TUOR, N 28 ad art. 494 CCS.

[82] RO 60 II 27 c. 6 = JdT 1934 I 183 ; OSER-SCHÖNENBERGER, N 7 ad art. 109 CO ; VON TUHR-ESCHER, § 73 VII p. 156 ; SIMONIUS, ZSR 1918 p. 248 ; VOSER, p. 85 ; WIEMKEN, p. 80 ; COMMENT, p. 144 et 148.

[83] AERNI, p. 79 ; HILDEBRANDT, p. 191 ; VOSER, p. 85 ; SCHLÄPFER, p. 150 s. ; R. SCHMIDT, p. 64 ; REICHEL,AcP 1909 p. 50.

fortuit envisagé lorsque ladite victime n'est pas en même temps titulaire de l'action en réparation de l'intérêt négatif. Le débiteur de l'intérêt négatif doit donc supporter lui-même les conséquences de la disparition fortuite de la prestation qu'il a remise à son partenaire.

§ 2. LES COMPOSANTES DU DAMNUM EMERGENS

I. La récupération de la prestation fournie par le créancier au débiteur de l'intérêt négatif

Il est un poste de l'intérêt négatif qui mérite d'être mentionné en priorité bien qu'il se rattache plutôt à ses voisins les plus importants. La récupération de la prestation exécutée par le créancier est en principe obtenue par la *condictio* ou par l'action en revendication, suivant que la propriété a ou n'a pas passé à l'acquéreur. Rien n'empêche cependant le créancier de renoncer à intenter la *condictio* ou l'action réelle et d'insérer ses conclusions en restitution de la prestation fournie dans l'action en responsabilité pour intérêt négatif. La restitution *in natura* de la prestation fournie par le créancier fait partie de son intérêt négatif même lorsqu'elle n'a subi aucune atteinte ni moins-value [84]. La voie de l'intérêt négatif n'exclut évidemment pas celle de la *condictio* ou de la revendication. Le créancier dispose de deux groupes de moyens parallèles qu'il peut engager cumulativement à concurrence du montant global du préjudice subi. Aucune des deux voies de droit n'est subsidiaire par rapport à l'autre, aucune des deux voies n'exclut l'autre, mais il est bien clair que le créancier ne peut pas obtenir par l'une ce qu'il a déjà obtenu par l'autre [85] ! C'est à Simonius [86] et à ses adeptes [87] que revient le mérite d'avoir relevé, en droit suisse, ce parallélisme entre l'action en réparation de l'intérêt négatif et la *condictio*, à laquelle nous entendons ajouter la revendication, vu l'analogie des situations.

[84] RO 51 II 212 ; RO 90 II 404 c. 5 a = JdT 1965 I 354 ; ZBJV 1965 p. 148 ; DB 1976 p. 2393 (BGH) ; Oser-Schönenberger, N 10 ad art. 39 CO ; Erman-Westermann, N 5 ad § 122 BGB ; Staudinger-Coing, N 9 ad § 122 BGB ; Flume, § 21 7 p. 423 ; Böhme, p. 216 ; Hildebrandt, p. 127, 249, 253 ; Hubernagel, p. 213 ; Kron, p. 67 ; Oertmann, Recht 1914 p. 9 ; Riehl, p. 810 ; Weinberg, p. 29 ; Wilutzky, p. 190.

[85] BGB-RGRK, N 27 Vorbem. vor § 812 BGB.

[86] Simonius, ZSR 1918 p. 248 ; von Tuhr-Peter, § 18 V p. 137.

[87] Haeusler, p. 156 ; Wiemken, p. 80.

II. Les dépenses engagées inutilement

Le dommage peut être considéré comme une atteinte qui frappe la chose dans son intégrité et dans sa substance. C'est en tout cas la forme première et la plus évidente du *damnum*. Ce type de préjudice apparaît directement et immédiatement comme tel, dès l'accomplissement du fait dommageable. On peut en revanche imaginer qu'une perte économique ne se manifeste que plus tardivement, soit au moment où la victime s'aperçoit avoir fait une erreur de calcul, d'appréciation ou une fausse manœuvre. Cette situation va se présenter fréquemment en matière d'intérêt négatif : un partenaire (pré) contractuel (le futur créancier de l'intérêt négatif) prend différentes mesures et fait délibérément des dépenses en vue du contrat. L'affaire n'aboutit pas ou tourne mal. Les espoirs s'évanouissent et les dispositions prises s'avèrent inutiles, caduques, sans objet. L'échec (pré)contractuel ne crée pas seulement des déceptions et des regrets mais bien un dommage au sens juridique et économique du terme. Meyer [88] releva la contradiction et l'incompatibilité apparentes entre le dommage qui frappe la victime, contre son gré, et le sacrifice financier que fait l'auteur de la dépense, en le sachant et le voulant. La langue montre bien la différence : on *subit* un dommage et on *fait* une dépense [89]. Von Tuhr résout la difficulté dans son traité de droit allemand [90] et dans un article critique consacré à la monographie de Fischer, en 1907 [91] : les impenses, les avances et les frais consentis dans un but déterminé ne constituent pas un dommage au moment où ils sont faits ; ils le deviennent après coup, quand l'opération projetée qui les avait entraînés s'avère illusoire, chimérique ; ils n'ont plus de sens et peuvent alors être considérés comme une perte sujette à réparation, pour autant que les conditions de la responsabilité d'un autre individu soient réalisées. Von Tuhr affirme expressément que les dépenses inutiles font partie de l'intérêt négatif [92]. Les tribunaux se sont très vite ralliés à cette analyse judicieuse et l'appliquent sans la discuter, aussi bien en Suisse [93] qu'en Allemagne [94].

Les frais et débours inutiles représentent un poste de *damnum emergens* dans l'intérêt négatif. Ils sont nombreux, multiples et variés dans la vie des

[88] Meyer, p. 94.

[89] Von Tuhr-Peter, § 17 I p. 130, § 12 II p. 84.

[90] Von Tuhr, *Allg. Teil* I, p. 320 note 33 a.

[91] Von Tuhr, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 1907 p. 65 s.

[92] Von Tuhr, *Allg. Teil* I, p. 320 note 33 a ; *idem, Allg. Teil* II/1, p. 596 note 166 ; *idem,* Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 1907 p. 65 s. ; Scherrer, p. 59 s. ; Fikentscher, § 43 II 4 p. 192.

[93] RO 40 II 133 c. 4, spéc. p. 142 ; Extraits des principaux arrêts rendus par le Tribunal cantonal fribourgeois 1965 p. 23, spéc. p. 30.

[94] BGHZ 6 p. 330, spéc. p. 332 ; BGHZ 57 p. 78, spéc. p. 80.

affaires, peut-être même innombrables. Ils ne sont cependant pas infinis, dans la mesure où l'ordre juridique doit fixer une limite nécessaire à leur remboursement. La ligne de démarcation est impossible à tirer dans l'abstrait [95]. Il faut plutôt s'en référer aux règles de la causalité [96] et s'efforcer de répondre à leurs exigences : le juge doit rendre l'auteur responsable du dommage qu'il a causé, ni plus ni moins. Nous allons indiquer, à titre exemplaire, quelques types de préjudices dont il est possible de demander la réparation dans le cadre de l'intérêt négatif. Il s'agit des frais de conclusion et des mesures d'exécution de la convention [97] :

A a) Les contacts préalables obligent le créancier [98] à échanger une abondante correspondance, à faire des téléphones, expédier des télégrammes et entreprendre d'importants déplacements.

b) Le créancier se fait envoyer la chose afin de procéder à un examen minutieux avant de conclure le contrat : il a fait des frais de transport, d'assurance et peut-être même de location.

c) Le créancier commet un spécialiste auquel il donne mandat d'expertiser la chose.

d) Dès l'entrée en pourparlers, le créancier procède à des recherches, à des études et à des analyses, puis dresse des plans et établit des projets en vue du contrat. Il en confie une partie à un architecte.

[95] Haeusler, p. 155 s. ; Keller, p. 260 ; Lemp, p. 152 ; Kron, p. 67 ; Scherrer, p. 58 ; Simonius, ZSR 1918 p. 247 s.

[96] Weinberg, p. 50 ; Lehnsen, p. 1404 s. ; Cohérier, p. 71 s. ; Nirk, Festschrift Möhring, p. 398.

[97] RO 29 II 512 c. 4 ; RO 39 II 97 ; RO 40 II 133 c. 4 ; RO 44 II 500 c. 6, développé dans Praxis N° 8 p. 40 ; RO 64 II 9 c. 4 = rés. JdT 1939 I 158 ; RO 90 II 285 c. 3 = JdT 1965 I 130 ; SJ 1975 p. 1 c. 4 (TF) ; Extraits des principaux arrêts rendus par le Tribunal cantonal fribourgeois 1965 p. 23, spéc. p. 30 ; ZBJV 1900 p. 423, spéc. p. 424 et 426 ; ZR 4 p. 337 N° 211, spéc. p. 339 ; ZR 22 p. 193 N° 109 c. 4 ; ZR 34 p. 289 N° 143, spéc. p. 293 ; SJZ 34 (1937/1938) p. 270 N° 50 ; BGHZ 6 p. 330, spéc. p. 332 ; RGZ 143 p. 219 ; Oser-Schönenberger, N 10 à 12 ad art. 39 CO ; Becker, N 6 et 7 ad art. 26 CO ; Engel, p. 495 s. ; von Tuhr-Peter, § 12 IV 2 p. 87 ; von Tuhr, *Allg. Teil* II/1, p. 596 s. ; Fikentscher, § 43 II 4 p. 192, § 49 IV 2 p. 260 ; Soergel-Siebert, N 4 ad § 122 BGB ; Erman-Westermann, N 5 ad § 122 BGB ; Staudinger-Coing, N 9 ad § 122 BGB ; Aerni, p. 78 s. ; Bachmann, p. 109 ; Böhme, p. 216 ; Brock, p. 205 ; Clasen, p. 14 ; Comment, p. 146 s. ; M. Droin, p. 50 à 52 ; Ehmcke, p. 40 ; Franke, p. 66 ; Gradenwitz, p. 36 ; Honegger, p. 52 ; Hupka, p. 247 note 1 ; Jhering, p. 19 s. ; Keller, p. 261 s. ; Rabel, p. 292 ; Riehl, p. 810 ; Roubier, p. 145 ; Roux, p. 9 ; Scherrer, p. 59 s. ; Simonius, ZSR 1918 p. 247 s. ; Weinberg, p. 29 s. ; Wiemken, p. 80 ; Wilutzky, p. 190.

[98] Nous appelons *créancier* le partenaire victime de l'échec des pourparlers qui intente avec succès l'action en réparation de l'intérêt négatif, de même que le demandeur aux actions prévues par les articles 26/1, 39/1, 109/2 CO.

B a) Le créancier se déplace pour conclure le contrat et signer les actes. Il acquitte les honoraires du notaire, les émoluments et les droits de mutation.

C a) Fort de la conclusion du contrat, le créancier se comporte en partenaire fidèle et loyal : il prépare l'exécution de sa propre prestation, remet l'objet en état et l'adapte aux exigences contractuelles ; il expédie la chose à ses frais, paie les primes de l'assurance-transport et les droits de douane.

b) Le créancier s'apprête à recevoir la prestation de son partenaire. Il déménage, emmenant avec lui sa famille et ses biens. Il liquide ses vieilles machines, construit des installations plus grandes, loue des locaux supplémentaires, engage de nouveaux collaborateurs et lance une action publicitaire. Il transforme la structure de son entreprise et investit de grosses sommes.

c) Le créancier prend possession de l'objet que lui livre son partenaire : il fait des impenses nécessaires, utiles et luxueuses sur la chose, afin de l'adapter à ses besoins et à ses convenances.

d) Le créancier doit payer le prix de la marchandise qu'il achète : il retire l'argent qu'il avait placé à des conditions favorables dans une autre affaire et emprunte le solde dans une banque qui lui accorde un prêt au taux usuel des crédits commerciaux.

D a) L'échec contractuel apparaît au grand jour : la convention est nulle et les deux parties ont l'obligation de se restituer mutuellement leurs prestations. Le créancier doit donc préparer l'objet acquis pour le retourner à l'expéditeur, payer les frais de transport et contracter une assurance pour couvrir les risques.

b) Le créancier doit recevoir en échange la prestation que lui-même avait exécutée, conformément au contrat qu'il croyait valable. La chose lui revient transformée, dépréciée par l'usage qu'en a fait son partenaire ou détériorée par un événement fortuit survenu entretemps.

Tous les frais que nous venons de mentionner reviennent régulièrement dans le développement des relations contractuelles. Ils figurent le plus souvent dans le calcul de l'intérêt négatif, lorsqu'ils ont été consentis en pure perte en raison de l'échec des pourparlers. Ils représentent les postes habituellement reconnus de l'intérêt négatif [99]. Nous jugeons donc superflu de les commenter plus longuement. Deux préjudices particuliers méritent une mention spéciale : nous pensons d'une part à l'intérêt fondé sur la responsabilité du créancier de l'intérêt négatif et, d'autre part, aux frais de procès.

[99] HUPKA, p. 247 ; KELLER, p. 16 à 19.

III. L'intérêt fondé sur la responsabilité du créancier

Il arrive fréquemment que l'une des parties au contrat *a*, le contractant A par exemple, s'engage dans l'intention de faire une autre affaire *b* avec un tiers B. La convention *b* peut très bien être passée avant l'exécution de l'opération *a*, peut-être même avant sa conclusion. Si l'issue de *a* est défavorable, en raison d'un vice affectant la validité ou l'exécution de l'acte, A se trouve vraisemblablement dans l'impossibilité d'assumer les obligations qu'il a contractées envers B. La dette de A se transforme alors en dommages-intérêts ou, éventuellement, en peine conventionnelle. Von Tuhr parle d'un *Haftungsinteresse* [100] pour désigner le préjudice subi par B et dont A doit répondre aux termes du contrat *b*. Le dommage de B est en même temps un dommage pour A, puisqu'il correspond à un *intérêt fondé sur la responsabilité* de A [101]. Il faut admettre que le partenaire de A, dans l'affaire *a*, doit supporter les conséquences dommageables de la responsabilité de A envers B, pour autant bien sûr que l'échec de l'opération *a* lui soit imputable [102].

Ce principe général trouve une application particulière dans le domaine de l'intérêt négatif. Imaginons par exemple que le vendeur A et l'acheteur C passent un contrat de vente immobilière. C revend le terrain à B deux jours plus tard, sans que la propriété soit déjà transférée. Il s'avère ensuite que la convention A-C est inefficace en raison d'une erreur essentielle de A. A invoque son erreur avec succès et reste propriétaire du bien-fonds. C se trouve donc dans l'impossibilité d'exécuter le contrat passé avec B. L'inexécution du contrat B-C engage la responsabilité de C. L'action de l'article 26 CO permet pourtant à C de sauvegarder ses intérêts : il peut en effet demander à l'errant A la réparation de l'intérêt négatif et inclure dans ses conclusions le montant de la somme qu'il a dû verser à son propre acheteur B en guise de dédommagement.

Des exemples analogues peuvent être construits dans le cadre de la résolution du contrat et de la *culpa in contrahendo* commise à l'occasion de pourparlers infructueux. Ils nous montrent tous que le *Haftungsinteresse* doit être pris en considération dans le calcul de l'intérêt négatif [103].

[100] Von Tuhr-Escher, § 68 VI p. 110.

[101] Von Tuhr-Thilo, § 68 VI p. 508.

[102] RO 81 II 129 c. 2 = JdT 1956 I 378 ; Becker, N 35 ad art. 97 CO ; von Tuhr-Escher, § 68 VI p. 110 ; Barth, p. 85 ; Lemp, p. 153.

[103] RO 27 II 199 c. 5 ; Becker, N 7 ad art. 26 CO ; Engel, p. 495 ; Enneccerus-Nipperdey, p. 1058 note 5 ; Soergel-Siebert, N 4 ad § 122 BGB ; Erman-Westermann, N 5 ad § 122 BGB ; Aerni, p. 79 ; Clasen, p. 14 ; M. Droin, p. 51 ; Hupka, p. 247 note 1 ; Keller, p. 262 s. ; Rabel, p. 292 ; Schenk, p. 15 ; Scherrer, p. 60 s. ; Weinberg, p. 30 ; Wilutzky, p. 190.

IV. Les frais de procès

Nous entendons par *frais de procès* l'ensemble des dépenses engagées à l'occasion d'une procédure contentieuse. Ils comprennent aussi bien les frais de justice que les honoraires d'avocat, ceux-ci pouvant être constitutifs d'un dommage même s'ils sont dus avant l'ouverture du procès [104]. Le premier procès auquel nous pensons est évidemment celui qui oppose le demandeur et le défendeur à l'action en réparation de l'intérêt négatif. Il s'agit là du litige que nous proposons d'appeler *procès principal* puisqu'il porte, par définition, sur l'existence et l'étendue globale de l'intérêt négatif. Les frais de justice et les dépens sont arrêtés dans le dispositif du jugement, conformément aux dispositions procédurales applicables à la cause [105].

Le *procès principal* n'est pas le seul dont il faille tenir compte dans le calcul de l'intérêt négatif. Trois litiges antérieurs doivent être pris en considération pour l'établissement du dommage, à condition bien sûr qu'ils aient été l'objet d'une procédure contentieuse.

1. L'absence de pouvoir de représentation peut être à l'origine d'un différend préalable. C se déclare faussement représentant de A. Il aborde B en cette qualité et négocie la conclusion d'une vente qui doit lier A et B. B actionne A en exécution de la convention. Le juge constate le défaut de procuration et rejette la demande. Il met les frais de justice à la charge de B et alloue des dépens à A. B est donc victime de la confiance qu'il avait placée dans la validité du contrat. L'article 39/1 CO et le § 179/2 BGB lui donnent droit à la réparation du *Vertrauensschaden* contre le *falsus procurator :* il pourra ajouter au dommage subi tous les frais de procès auxquels il a été précédemment condamné dans le cadre de l'action en exécution de la prétendue convention. Doctrine et jurisprudence consacrent cette solution et l'on admet communément que les frais du procès perdu par le tiers contre le pseudo-représenté font partie de l'intérêt négatif dont il peut demander réparation au *falsus procurator* [106].

2. Nous avons vu que le *Haftungsinteresse* peut être un élément de l'intérêt négatif [107]. Le créancier de l'intérêt négatif commence par être débiteur de l'indemnité qu'il doit au tiers pour n'avoir pas exécuté le contrat

[104] RO 97 II 259 c. III 5 = rés. JdT 1972 I 467 ; ZBJV 1944 p. 120 c. 7 ; JdT 1957 III 64.

[105] RO 79 II 376 c. 5 = rés. JdT 1954 I 381.

[106] RO 46 II 411 c. 2 = JdT 1921 I 42 ; ZBJV 1908 p. 500, spéc. p. 502 ; ZR 12 p. 326 N° 202 ; OSER-SCHÖNENBERGER, N 12 ad art. 39 CO ; MDR 1958 p. 602 N° 54 ; Recht 1937 N° 5233 ; SOERGEL-SIEBERT, N 23 ad § 179 BGB ; STAUDINGER-COING, N 18 ad § 179 BGB ; BEHREND, p. 642 s. ; HUPKA, p. 247 note 1 ; KELLER, p. 263 s. ; RABEL, p. 313 ; SCHENK, p. 14 ; SCHERRER, p. 62.

[107] Cf. *supra* chap. IV § 2 III.

conclu avec lui. Puis le perdant du premier litige se retourne contre son propre débiteur, en exerçant contre lui l'action en réparation de l'intérêt négatif. Il nous semble que les frais du premier procès, mis à la charge du perdant, doivent s'ajouter au dommage dont il réclame à son tour la réparation dans le *procès principal* où il est demandeur [108].

3. On peut enfin imaginer deux procès successifs dans le cadre de l'action prévue par l'article 26 CO et le § 122 BGB. L'invalidité du contrat n'est pas toujours clairement établie, notamment lorsque le partenaire de l'errant conteste le caractère essentiel de l'erreur ou se retranche derrière l'article 25 CO pour s'opposer à l'annulation. Il est donc tout à fait concevable que les parties s'affrontent sur le problème préliminaire de la validité de l'acte.

Le litige fera l'objet d'un procès unique lorsque le partenaire de l'errant s'accroche au contrat, en demande l'exécution dans ses conclusions reconventionnelles principales, mais prévoit la possibilité d'un échec et prend des conclusions reconventionnelles subsidiaires tendantes à la réparation de l'intérêt négatif. Les frais du procès sont, dans ce cas, fixés et répartis une fois pour toutes par le juge, en application des règles de procédure.

La situation peut se présenter différemment et les parties s'affronter en deux temps : dans un premier procès, l'errant s'efforce d'invalider l'acte et son partenaire met tout en œuvre pour maintenir le contrat. L'errant l'emporte et le juge met les frais et dépens à la charge du cocontractant. Ce dernier ne désarme pas et intente à son adversaire une action en réparation de l'intérêt négatif, qui fait précisément l'objet du *procès principal*. La question qui se pose est celle-ci : le demandeur à l'action de l'article 26 CO et du § 122 BGB peut-il inclure dans ses conclusions la couverture des frais de procès qui ont été mis à sa charge à l'issue du primier litige ? Wilutzky [109] et Weinberg [110] le prétendent, à condition que le demandeur au *procès principal* ait soutenu le premier procès en croyant honnêtement à la validité du contrat. Scherrer [111] et Keller [112] relèvent qu'une telle confiance n'est pas suffisante : chaque plaideur peut caresser l'espoir de la réussite avec la meilleure foi du monde. Dès qu'il y a le plus petit doute, l'adversaire de l'errant est donc en droit de placer toute sa confiance dans l'admission de ses conclusions par le juge du premier procès, c'est-à-dire d'espérer que le contrat ne soit pas invalidé. Cela ne suffit pourtant pas, selon les deux auteurs suisses, pour admettre que les frais du premier procès perdu constituent, pour le partenaire de l'errant, un *Vertrauensschaden* dont il puisse demander répa-

[108] RO 27 II 199 c. 5 ; Lemp, p. 153.

[109] Wilutzky, p. 190.

[110] Weinberg, p. 29.

[111] Scherrer, p. 63.

[112] Keller, p. 265.

ration dans le *procès principal*. Il faut en plus, toujours selon Scherrer [111] et Keller [112], que l'errant n'ait pas communiqué à son adversaire les raisons véritables qui le poussaient à invalider et que ce dernier ne les ait pas ignorées par une négligence fautive.

Le BGH [113] n'a pas retenu la proposition compliquée des deux auteurs suisses et il affirme que les frais du premier procès ne peuvent pas être inclus dans l'intérêt négatif, objet du *procès principal*. L'argument des juges allemands est très simple : les règles de la procédure civile ont la priorité et le § 122/1 BGB est inapplicable. Les commentateurs du droit civil prennent acte de cette décision sans la discuter [114]. Nous n'entendons pas nous prononcer sur la place respective de la ZPO et du BGB ! La jurisprudence allemande ne saurait toutefois être appliquée en Suisse, c'est du moins notre avis : les règles de la procédure civile fixent la répartition des frais de procès entre les parties au procès en cours, mais rien n'empêche que les frais d'un procès antérieur n'apparaissent plus tard comme un dommage, par exemple un intérêt négatif, susceptible de faire l'objet d'un deuxième procès ! Nous espérons l'avoir montré à l'aide de l'exemple qui précède et nous ne pouvons qu'appuyer les auteurs qui mettent en doute la décision du BGH [115].

V. Limite des frais engagés en pure perte et calcul de l'intérêt négatif

A. *Limite temporelle de l'intérêt négatif*

L'intérêt négatif est fréquemment tenu pour quantité négligeable, il n'y a qu'à penser au *nur* qui l'accompagne si souvent dans la doctrine et les décisions judiciaires [116] pour s'en convaincre ! Le Tribunal fédéral va jusqu'à exclure la réparation du gain manqué dans les quatre arrêts [117]. L'intérêt négatif est défini comme le dommage résultant de la confiance déçue. La confiance dont il est question se rapporte à la validité du contrat et, à

[113] NJW 1962 p. 1670 (BGH) ; OLGZ 1972 p. 193.

[114] Soergel-Siebert, N 4 ad § 122 BGB ; Erman-Westermann, N 5 ad § 122 BGB.

[115] Palandt-Heinrichs, N 3 ad § 122 BGB.

[116] RO 44 II 172, spéc. p. 174 ; RGZ 103 p. 154, spéc. p. 159 ; BB 1957 p. 837 (BGH) ; VersR 1962 p. 562 (BGH) ; BB 1969 p. 696 (BGH) ; Barth, p. 16 ; Biedermann, p. 146 ; Bosshardt, p. 81 ; Brock, p. 209 ; Ehmcke, p. 41 et 99 ; Franke, p. 66 ; Göschke, p. 21 ; Häsemeyer, p. 65, 70, 297 ; Haeusler, p. 2 à 5 ; Lemp, p. 51 et 57 ; Rabel, p. 326 ; Reichel, AcP 1909 p. 48 ; Reinicke, *Rechtsfolgen,* p. 122 ; Simonius, ZSR 1918 p. 243 ; Voser, p. 76.

[117] Cf. *supra* chap. III § 2 II note 104.

l'article 109 CO, à la bonne exécution d'une convention valablement conclue [118]. Les juristes admettent en général que les frais de conclusion du contrat manqué font partie du *Vertrauensschaden* et considèrent même qu'ils en constituent la composante principale et nécessaire. Les frais de conclusion sont l'exemple que la doctrine classique avance le plus souvent pour éclairer le mécanisme de l'intérêt négatif [119]. Ce premier poste du dommage n'est pourtant pas exempt de difficultés et on peut déjà, à son sujet, se poser la question de la limite temporelle de l'intérêt négatif.

Le problème est le suivant : la confiance en la validité du contrat se rapporte-t-elle seulement à une convention déjà conclue en apparence ou peut-elle concerner la venue à chef d'une convention en élaboration qui n'a pas encore l'apparence de la perfection ? Le créancier peut-il demander la réparation de l'intérêt négatif en invoquant la confiance qu'il plaçait dans les pourparlers en cours ou doit-il attendre qu'ils aient débouché sur la conclusion d'un accord apparemment parfait ?

Les auteurs anciens [120] se montraient restrictifs à l'égard du demandeur, alors que la doctrine récente [121] accuse une tendance assez générale à ne plus accorder beaucoup d'importance au moment de la conclusion du contrat. Après avoir affirmé que la confiance ne mérite une protection juridique que si elle se rattache à l'apparence d'un contrat valablement conclu, Weinberg fait une distinction subtile entre les formes solennelle [122] et probatoire [123] : dans le premier cas, l'acte n'existe jamais, même en apparence, avant que les exigences légales ne soient remplies ; la confiance du créancier est prématurée avant le respect de la forme et les frais de conclusion du contrat ne sont pas couverts par l'intérêt négatif. Dans le second cas, le contrat est en principe parfait avant d'être libellé dans la forme prévue ; la confiance se rapporte à un acte qui serait pleinement valable si un motif particulier de nullité ne venait faire obstacle à son efficacité ; les espérances du créancier lésé sont fondées et il est juste de lui allouer des dommages-intérêts négatifs couvrant le préjudice subi, en particulier les frais de conclusion de l'acte. La théorie de Weinberg est séduisante au premier abord : elle a pour elle le double mérite de l'originalité et de la logique. Elle nous paraît cependant trop abstraite, trop rigoureuse et par là même artificielle. Weinberg n'a

[118] Cf. *supra* chap. III § 1 I.

[119] Cf. *supra* chap. IV § 2 II, spéc. note 97.

[120] Von Tuhr, ZSR 1897 p. 19 ; *idem, Allg. Teil* II/1, p. 596 note 167 ; Staudinger-Coing, N 9 ad § 122 BGB ; Keller, p. 94 et 261 ; Schenk, p. 14 ; Scherrer, p. 50 à 53, 59 ; Weinberg, p. 30 s.

[121] Flume, § 21 7 p. 423 ; Fikentscher, § 43 II 4 p. 191 ; Enneccerus-Nipperdey, p. 1058 note 5 ; Clasen, p. 14 ; Hupka, p. 247 ; Simonius, ZSR 1918 p. 246, 247, 270 ; Hildebrandt, p. 132 et 245.

[122] Engel, p. 172 ; von Tuhr-Thilo, § 30 II 1 p. 208.

[123] Engel, p. 172 ; von Tuhr-Thilo, § 30 II 2 p. 208 s.

d'ailleurs pas été suivi par les autres partisans de la tendance ancienne et restrictive, selon laquelle la confiance ne peut être juridiquement protégée que s'il y a apparence d'un accord parfait entre les parties [124]. Von Tuhr, Scherrer, Keller et Coing [125] admettent en effet que les frais de conclusion du contrat font exception à la règle et peuvent être pris en considération dans le calcul de l'intérêt négatif bien que la convention ne présente pas encore l'apparence de la validité. Scherrer et Keller donnent quelques précisions : sont considérés comme frais de conclusion des frais d'acte, les honoraires du notaire, les droits de timbre et de mutation, en un mot toutes les dépenses engagées qui sont *directement* nécessaires à la passation de l'acte [126]. Mais que veut dire *directement ?*

A l'opposé se trouve la conception plus souple des auteurs modernes qui acceptent d'intégrer dans le calcul de l'intérêt négatif des frais engagés en pure perte avant la conclusion apparente du contrat [127]. Hupka s'en fit le défenseur en 1903 déjà [128], après les premières tentatives, en vérité timides, de Jhering en 1861 [129] et de Wilutzky en 1901 [130]. La jurisprudence ne s'est à notre connaissance pas prononcée explicitement sur ce point précis. Les tribunaux ont cependant largement devancé la théorie ancienne et admettent aujourd'hui que la conduite négligente des pourparlers peut fonder une *culpa in contrahendo* même lorsqu'ils n'aboutissent pas à la conclusion apparente d'un contrat [131]. C'est dire que la conception de la doctrine moderne a largement triomphé, puisque plus personne ne songe, aujourd'hui, à mettre sérieusement en doute le principe d'une *culpa in contrahendo* indépendante de la conclusion du contrat projeté [132]. Cette extension de la responsabilité précontractuelle ne s'explique que par l'abandon de la doctrine ancienne [133] : si l'on avait maintenu l'exigence de la conclusion apparente du contrat pour inclure les dépenses inutiles dans le calcul de l'intérêt négatif, il aurait été impossible de sanctionner la faute commise dans la conduite des négociations infructueuses puisque leur caractéristique principale est précisément l'évidence de l'échec précontractuel et l'absence totale d'accord entre les parties.

[124] Cf. *supra* chap. IV note 120.

[125] Von Tuhr, *Allg. Teil* II/1, p. 596 ; Staudinger-Coing, N 9 ad § 122 BGB ; Scherrer, p. 53 et 59 ; Keller, p. 261.

[126] Scherrer, p. 59 ; Keller, p. 261.

[127] Cf. *supra* chap. IV note 121.

[128] Hupka, p. 247.

[129] Jhering, p. 19 s.

[130] Wilutzky, p. 190.

[131] Cf. *supra* chap. II note 126.

[132] Staudinger-Werner, N 31 ad § 276 BGB ; cf. *supra* chap. II § 5 I.

[133] Cf. *supra* chap. IV note 120.

B. *Autres limites de la responsabilité à raison de l'intérêt négatif*

a) Lorsque le créancier doit restituer la chose qui lui a été remise en exécution d'un contrat nul, invalidé ou résolu, il subit un dommage dans la mesure où il a fait des impenses sur l'objet reçu entre le moment de la livraison et celui de la restitution. Les frais ainsi engagés doivent être pris en considération dans le calcul de l'intérêt négatif [134]. En 1912, Riezler [135] proposa d'exclure de la réparation les impenses voluptuaires [136]. Il fut immédiatement contré par Lehnsen ; celui-ci prétendit que les règles de la causalité adéquate devraient permettre au juge de fixer le montant d'une juste indemnité [137]. Nous craignons l'arbitraire et pensons personnellement que les critères retenus ne doivent pas être trop formalistes ou schématiques. Nous serions donc enclin à rejeter le critère de la nécessité des impenses et à lui préférer celui de la relation de cause à effet [138]. Les règles de la causalité adéquate figurent parmi les principes généraux de la responsabilité civile et rien ne nous autorise à nous en départir dans le domaine particulier que nous étudions. Le *Handelsgericht* zurichois a abordé le problème dans un jugement qu'il rendit le 22 octobre 1934 [139] : le demandeur est au bénéfice d'une présomption : les dépenses engagées sont nécessaires et opportunes ; le défendeur devra prouver que son adversaire a engagé des frais pour des démarches et des mesures manifestement contraires aux us et coutumes de la profession envisagée. Cette décision nuancée aboutit en définitive à des résultats très proches de ceux que l'on obtient par le biais de la causalité adéquate.

b) Il existe plusieurs situations dans lesquelles les partenaires ne souffrent aucun dommage en cas de rupture des négociations, même lorsqu'elle est fautive. Nous avons déjà parlé des *abonnés à l'échec contractuel* [140] qui acceptent de prendre sur eux le risque inhérent aux pourparlers. Ce risque entre dans le cadre de l'activité professionnelle du partenaire qui en est parfois la victime et il fait l'objet de calculs et de statistiques. La loi des grands nombres permet au lésé occasionnel de répartir les débours inutiles entre les affaires qui marchent, par le calcul d'une marge bénéficiaire appropriée [141].

[134] Cf. *supra* chap. IV § 2 II.

[135] Riezler, p. 1176 ss.

[136] Von Tuhr-Thilo, § 17 II 3 p. 110.

[137] Lehnsen, p. 1404 s.

[138] Hildebrandt, p. 245 et 253 ; Cohérier, p. 188 s. ; Nirk, Festschrift Möhring, p. 398 ; Scherrer, p. 57 ; Piotet, *Culpa,* p. 88.

[139] ZR 34 p. 289 N° 143, spéc. p. 294.

[140] Cf. *supra* chap. I § 4 II.

[141] Cohérier, p. 150.

Dans de telles hypothèses, il nous semble qu'il n'y a pas dommage au sens du droit et que le problème de la responsabilité ne se pose pas. L'agent d'assurance fait des téléphones, parcourt des kilomètres et rédige des propositions de contrat en vain, bien souvent. L'entrepreneur établit des devis sans obtenir l'adjudication des travaux, particulièrement en période de récession ! Le courtier prépare la conclusion d'une convention qui n'aboutit pas, sans aucune faute de l'une ou l'autre des deux futures parties [142]. L'assureur, l'entrepreneur et le courtier seront assurément déçus mais pas lésés juridiquement ; ils n'ont en principe droit à aucune indemnité du fait de leur déconvenue, sous réserve de circonstances particulières et exceptionnelles. Ils subissent tout bonnement les aléas de leur profession [143].

c) Nous venons de rappeler [144] qu'une négligence commise dans la conduite des pourparlers peut fonder une action en réparation de l'intérêt négatif, dans le cadre de la responsabilité précontractuelle, alors même que les tractations n'ont pas abouti à l'apparence d'un contrat valable. Cela ne signifie pas que toutes les dépenses engagées en vain par un éventuel contractant puissent être mises à la charge du partenaire fautif ! Chacune des futures parties entreprend en effet de nombreuses démarches à son usage et surtout dans son intérêt personnel, ne serait-ce que pour être à même de faire une offre. Ces frais ne font pas partie du dommage [145].

Un individu peut préparer d'avance un contrat sans pour autant connaître son futur partenaire. Un travail individuel préalable s'accomplit parfois bien avant l'entrée en pourparlers. Lorsque les discussions débutent, un des contractants a peut-être déjà fait tout seul le gros de la marche d'approche contractuelle. Il présente à son partenaire un projet précis, détaillé et concret, où seuls quelques problèmes sont encore à régler. Que se passe-t-il si, ultérieurement, le destinataire du projet se rend coupable d'une *culpa in contrahendo* en se désintéressant de l'affaire ? L'auteur du projet peut-il lui demander le remboursement de tous ses frais, y compris ceux qu'il a eus alors qu'il travaillait en solitaire ? Il faut répondre par la négative. L'élaboration du projet par son auteur, avant l'entrée en tractations, ne saurait constituer un dommage dont la réparation incomberait à l'autre partenaire au titre de l'intérêt négatif. L'acquiescement aux négociations, c'est-à-dire l'entrée en pourparlers, nous paraît être la condition absolue qu'il faut poser pour que les frais issus des actes préparatoires puissent se transformer en dommage à la suite d'une *culpa in contrahendo* subséquente de l'une ou

[142] SJ 1961 p. 289 (courtier victime d'une *culpa in contrahendo*).

[143] Cohérier, p. 148 à 151.

[144] Cf. *supra* chap. IV § 2 V A.

[145] RO 20 p. 1167 c. 6.

l'autre partie. Les dépenses engagées avant l'acquiescement aux négociations ne nous semblent donc pas susceptibles de réparation au titre de l'intérêt négatif [146]. Le lien de causalité n'existe en effet que par rapport aux travaux entrepris à raison des négociations déjà commencées, à l'exclusion des frais engagés unilatéralement avant l'ouverture des pourparlers.

§ 3. LA RÉPARATION DU GAIN MANQUÉ

L'intérêt négatif comprend les conséquences préjudiciables de l'inexistence, de la nullité, de l'invalidation ou de la résolution du contrat. Il englobe tout le dommage subi [147] et inclut en principe le *lucrum cessans* au même titre que le *damnum emergens* [148]. Le droit moderne ne fait plus la distinction de jadis entre les dommages direct et indirect [149]. La tentative insolite du Tribunal fédéral de réserver un traitement différent à la perte effective et au gain manqué, en matière d'intérêt négatif précisément [150], nous paraît erronée, dangereuse et inapplicable [151]. Nous pensons au contraire que les deux notions relèvent d'un seul et même concept juridique, celui du dommage. Elles ne sont que deux expressions d'une terminologie usuelle qui traduit bien la dualité des formes extérieures du préjudice, soit le *damnum emergens* et le *lucrum cessans*. Elles n'ont aucune portée juridique spécifique et leur rôle se limite à indiquer sommairement l'orientation générale que prennent les effets de l'acte dommageable. Les différents types particuliers de préjudices se répartissent en général dans l'un ou l'autre des deux grands casiers qui constituent ensemble le dommage. La distinction est sans conséquence pratique puisque les mêmes règles de droit s'appliquent aux deux catégories désignées [152]. Nous considérons donc que l'intérêt négatif est un dommage à part entière et qu'il apparaît tantôt comme une perte effective tantôt comme un manque à gagner [153]. Nous allons examiner maintenant de plus près quelques questions relatives au *lucrum cessans* qui intervient dans le calcul de l'intérêt négatif.

[146] SALEILLES, p. 721 s. ; ROUBIER, p. 145 ; COMMENT, p. 147.
[147] BROCK, p. 207 ; MERTENS, p. 122 note 5.
[148] Cf. *supra* chap. III notes 103 et 106.
[149] Cf. *supra* chap. III § 2 I.
[150] Cf. *supra* chap. III note 104.
[151] Cf. *supra* chap. III § 2 II.
[152] Cf. *supra* chap. III § 2 I.
[153] Cf. *supra* chap. III note 103.

I. Les occasions perdues

Il est impossible de saisir et de capter le gain manqué dans une définition qui englobe toutes ses variantes. Le *lucrum cessans* est une réalité aux facettes nombreuses et mouvantes : il se renouvelle constamment dans ses manifestations. Toutefois, il obéit en général au même principe de base : l'intérêt négatif comprend le bénéfice que le créancier n'a pas réalisé dans une affaire qu'il n'a pas conclue avec un tiers, précisément à cause de la passation du contrat intervenu en apparence entre lui et le débiteur. Le gain manqué apparaît donc principalement comme la perte d'une occasion favorable de contracter, occasion que le créancier avait mais n'a pas saisie en temps utile puisqu'il s'était déjà avancé et avait peut-être déjà passé le contrat déclaré par la suite juridiquement inexistant, nul, invalidé ou résolu [154]. Le préjudice se produit alternativement à la vente ou à l'achat [155] : le vendeur négocie avec A et renonce à passer le contrat avec B ; l'acheteur entre en pourparlers avec X et ne prend aucun contact avec un autre fournisseur Y.

L'occasion perdue doit être prise en considération dans le calcul du dommage même quand l'autre partie au contrat hypothétique — celui qui aurait été conclu en lieu et place de la convention inexistante, nulle, invalide ou résolue — n'est pas nommément connue et désignée par la victime. Le créancier de l'intérêt négatif subit en effet un préjudice du fait qu'il omet de chercher en temps utile un autre marché avec un autre partenaire [156]. La possibilité et l'occasion de contracter apparaissent de façon générale comme une perspective favorable ouverte à chacun, sans pour autant qu'il soit question d'un droit subjectif à la réalisation de la chance. L'ordre juridique ne peut pas refuser systématiquement une indemnité lorsque le débiteur, par son comportement, a précisément incité la victime à lui accorder pleine confiance et à ne pas se soucier de trouver d'autres débouchés avec d'autres partenaires. Il est en effet bien normal, en pareil cas, que les partenaires hypothétiques ou possibles soient restés dans l'anonymat. Le créancier était parfaitement habilité à ne pas chercher à les connaître ni à les aborder, puisque le débiteur lui donnait toutes les raisons de croire à une évolution

[154] Oser-Schönenberger, N 10 ad art. 39 CO ; Becker, N 8 ad art. 26 CO ; von Tuhr-Peter, § 12 IV 2 d p. 87 ; Larenz, *Schuldrecht* I, § 27 II 4 p. 312 ; Erman-Westermann, N 5 ad § 122 BGB ; Aerni, p. 79 ; Comment, p. 148 ; Göschke, p. 91 ; Haeusler, p. 156 ; Henrici, p. 151 ; Honegger, p. 52 ; Hupka, p. 247 s. ; Keller, p. 179 ; Martin, ZSR 1914 p. 110 ; Roubier, p. 186 ; Roux, p. 9 ; Scherrer, p. 63 s. ; Simonius, ZSR 1918 p. 248 ; von Tuhr, ZSR 1897 p. 19 s. ; Wilutzky, p. 190.

[155] Aerni, p. 79.

[156] Jhering, p. 20 ; Hupka, p. 248 ; Wilutzky, p. 190 ; Roubier, p. 186 ; Roux, p. 9 ; *contra :* ZR 46 p. 301 N° 155 c. 3.

correcte et favorable de leurs relations (pré)contractuelles. L'occasion est rare et fugitive... Parfois, le créancier ne peut plus rattraper l'échec contractuel par une opération ultérieure équivalente et de même coût. L'évolution défavorable des conditions du marché lui fait subir un dommage dont il demande la réparation en ouvrant action en dommages-intérêts négatifs.

Il appartient au créancier de faire la preuve du dommage en général et du gain manqué en particulier. A l'état pur, il nous paraît impossible de rapporter la preuve stricte et irréfutable du bénéfice perdu. Le *lucrum cessans* s'appuie sur un état conjectural et supposé des biens ou des droits lésés, alors que le *damnum emergens* permet de constater une perte qui s'est effectivement produite et qui, par conséquent, est beaucoup plus facilement mesurable. Le caractère hypothétique du gain manqué empêchera toujours le juge de procéder à sa détermination avec une certitude absolue. Ce n'est donc pas sans raison que la doctrine [157] et la jurisprudence [158] font du calcul du bénéfice perdu un cas d'application de l'article 42/2 CO. Aussi Becker [159] parle-t-il de la *Schätzung des entgangenen Gewinnes* et non de la *preuve du lucrum cessans.*

Les difficultés d'un calcul rigoureux du gain manqué se retrouvent avec une intensité aiguë lorsqu'il s'agit de déterminer le montant de l'intérêt négatif [160]. Le juge ne doit pas seulement sonder le futur et se demander quelles auraient été les conséquences d'une bonne et fidèle exécution comme il le fait dans le cadre d'une action en réparation de l'intérêt positif. Il se voit de plus en plus contraint de faire un retour en arrière dans le temps, d'imaginer quelles possibilités s'offraient au créancier à l'époque prise en considération, de choisir abstraitement le parti que la victime d'aujourd'hui aurait alors pris, enfin de reconstruire le déroulement hypothétique des événements jusqu'au jour du jugement [161]. Cette mesure des probabilités comporte assurément de multiples inconnues, mais nous ne pensons pas qu'elle soit essentiellement différente de celle qu'implique la détermination de l'intérêt positif [162]. Elle est simplement plus longue et plus sinueuse, mais

[157] Von Tuhr-Peter, § 13 I 10 p. 100 s. ; Oftinger I, p. 43 s. ; Becker, N 38 ad art. 97 CO ; Engel, p. 324 ; Barth, p. 93 ; Keller, p. 278 ; Cuendet, p. 64, 67, 148 à 150.

[158] RO 82 II 397 c. 6 = JdT 1957 I 464.

[159] Becker, N 44 ad art. 97 CO.

[160] Keller, p. 278 s. ; Gradenwitz, p. 37 ; Henrici, p. 151 et 153 ; Göschke, p. 90 ; Wiemken, p. 72 s. ; BB 1969 p. 696, spéc. p. 697 (BGH).

[161] Le jour du jugement cantonal est en effet l'époque déterminante pour le calcul du dommage : Scherrer, p. 68 note 1, p. 74 note 13 ; Keller, p. 270 et 275 ; Engel, p. 342 ; Cuendet, p. 74.

[162] Fischer, p. 118 s. ; Greven, p. 34 ; Halben, p. 56 ; Honegger, p. 48 ; Hupka, p. 248 ; Lilie, p. 29 ; Melliger, p. 18 ; Petersen, p. 33.

les difficultés sont de même nature, bien que plus nombreuses. Nous admettons donc avec Rabel, Scherrer et Keller [163] que les détracteurs de l'intérêt négatif, au niveau de la preuve [164], n'ont pas réussi à mettre sérieusement en danger les jours de l'enfant de Jhering. Le demandeur à l'action en réparation de l'intérêt négatif devra d'abord établir qu'il aurait pu trouver un partenaire pour conclure valablement le contrat hypothétique. Il démontrera ensuite que les pourparlers entrepris l'ont dissuadé de retenir ou même de rechercher des offres parallèles [165]. Cette règle mérite une application prudente, souple et nuancée. Elle nous paraît poser une exigence irréalisable à l'état pur. Comment prouver en effet qu'un contrat non conclu l'aurait été si ce qui est n'avait pas été et ce qui n'est pas avait été ? C'est assurément la quadrature du cercle et il faut bien reconnaître que le juge se contentera d'indices plutôt que de preuves strictes et irréfutables.

Nous insistons encore une fois sur le fait que les difficultés mentionnées précédemment affectent la preuve du gain manqué en général et non pas spécialement celle de l'occasion perdue, fondement de l'intérêt négatif. Il ne faut du reste pas exagérer leur portée. Il existe bien des situations où l'objet du contrat inexistant, nul, invalidé ou résolu est représenté par une pièce unique qui ne change que très rarement de propriétaire et, le cas échéant, à des conditions variables et imprévisibles. Ainsi un château de plaisance, un bijou ayant appartenu à la Couronne d'Angleterre ou l'œuvre d'un peintre célèbre. De tels biens n'ont assurément pas un prix fixe et établi, et le créancier de l'intérêt négatif aura toutes les peines du monde à prouver qu'il a été privé d'un gain en négligeant une occasion aujourd'hui disparue. Des litiges de cette nature sont heureusement fort rares et l'on peut même dire inexistants. La grande majorité des cas se rapporte à des biens qui font l'objet de tractations plus ou moins fréquentes et qui, dès lors, ont une valeur plus objective [166] et mesurable. Certains auteurs n'hésitent pas, en matière commerciale, à admettre que l'occasion perdue aurait été identique à l'opération nulle, invalidée, résolue ou négociée sans succès [167]. Le *Handelsgericht* zurichois met le demandeur au bénéfice de la présomption d'équivalence des deux affaires et lui alloue des dommages-intérêts négatifs dont le montant correspond à celui de l'intérêt positif [168].

[163] Rabel, p. 291 ; Scherrer, p. 56 s. ; Keller, p. 19 ; cf. également Melliger, p. 140 à 143 ; Weinberg, p. 25 à 27, 164 s.

[164] Bähr, p. 422 s. ; Hartmann, p. 20 ; Kohler, p. 227 ; von Büren, p. 81 s., 209 à 211.

[165] Cohérier, p. 72, 193 s. ; Keller, p. 266 ; Roux, p. 74 ; Scherrer, p. 64 ; BB 1969 p. 696, spéc. p. 697 (BGH).

[166] Roux, p. 73 s.

[167] Rabel, p. 327 ; Kron, p. 67 ; Wiemken, p. 74 ; *contra :* Hupka, p. 249 note 1.

[168] RO 49 II 28 c. 6 = JdT 1923 I 370 ; ZR 22 p. 193 N° 109 c. 4.

L'occasion perdue constitue le poste le plus fréquent et le plus caractéristique du *lucrum cessans*. L'intérêt négatif comprend toutefois, d'une façon générale, toutes les mesures que le créancier n'a pas prises, mais qui lui auraient rapporté un bénéfice financier ou un avantage ayant une valeur patrimoniale [169]. C'est ainsi que les intérêts perdus nous paraissent appartenir au gain manqué devant être pris en considération dans le calcul de l'intérêt négatif.

II. La perte des intérêts

Le problème des intérêts se pose principalement dans l'hypothèse où le contrat inexistant, nul, invalidé ou résolu [170] a déjà été exécuté, totalement ou partiellement, par le demandeur à l'action en réparation de l'intérêt négatif. Il en sera ainsi notamment lorsque l'acheteur paie le prix avant que le vendeur n'invalide la convention en invoquant une erreur essentielle, lorsqu'il paie au comptant et que la demeure du vendeur l'autorise ensuite à résoudre le contrat conformément aux articles 107/2 et 109 CO, enfin lorsqu'un des négociateurs fait une avance à l'autre avant même que la convention projetée ne soit valablement conclue. Il est indéniable que l'acheteur (ou futur acheteur) fait un sacrifice financier pour se procurer la somme nécessaire à l'exécution du contrat nul, invalidé, résolu ou inexistant. Lorsqu'il paie de ses propres deniers, il doit renoncer à placer favorablement le montant du prix d'achat ; si celui-ci est déjà déposé en banque, prêté à un tiers ou investi dans une opération lucrative quelconque, l'acheteur se voit contraint de réaliser les sommes engagées pour faire face à ses obligations, perdant ainsi le bénéfice des intérêts des avoirs investis. Lorsque l'acheteur ne dispose pas personnellement des liquidités nécessaires, il doit se procurer la somme auprès d'une banque et lui payer des intérêts correspondant au loyer de l'argent.

Dans l'action en dommages-intérêts négatifs qu'il ouvre, par hypothèse, contre son partenaire (pré)contractuel, l'acheteur peut-il demander une indemnité pour les intérêts perdus ou payés vainement en vue de l'exécution du contrat ? La doctrine [171] et la jurisprudence [172], unanimes, sont d'accord

[169] ALBERTI, p. 238 ; BROCK, p. 205 ; RABEL, p. 292 ; cf. les bons exemples cités par WEINBERG, p. 32 ; WILUTZKY, p. 190 ; SCHENK, p. 15.

[170] Cf. art. 26/1 et 109/2 CO ; §§ 122 et 307 BGB.

[171] OSER-SCHÖNENBERGER, N 10 ad art. 39 CO ; BECKER, N 7 ad art. 26 CO ; FIKENTSCHER, § 20 IV 4 p. 69 ; M. DROIN, p. 51 ; HILDEBRANDT, p. 127 et 253 ; HUPKA, p. 248 ; KELLER, p. 266 ; SCHENK, p. 15 ; SCHERRER, p. 64 ; WEINBERG, p. 32 ; WILUTZKY, p. 190 ; RIEHL, p. 810 ; COMMENT, p. 148.

[172] RO 49 II 28 c. 6 = JdT 1923 I 370 ; RO 81 II 213 c. 5 = rés. JdT 1956 I 475 ; ZBJV 1923 p. 439 c. 9 ; ZR 22 p. 193 N° 109 c. 4 *in fine ;* ZR 48 p. 40 N° 19 ; Recht 1938 N° 3063.

sur le principe : le demandeur à l'action peut inclure le montant des intérêts perdus dans le dommage dont il demande la réparation au débiteur. Weinberg [173] alloue même au créancier une indemnité pour la perte des intérêts qu'il aurait pu retirer non seulement du prix d'achat mais encore de toute somme qu'il a dépensée inutilement à l'occasion du contrat, par exemple le coût de la conclusion de la convention, celui des impenses faites sur la chose reçue ou encore le dédommagement dû à un tiers. Le meilleur arrêt en la matière est incontestablement celui de l'*Oberlandesgericht* de Cologne, rendu le 4 septembre 1974 [174]. Les faits de la cause étaient les suivants : un contrat de vente immobilière fut déclaré nul pour vice de forme, mais l'acheteur avait déjà versé un acompte au vendeur ; celui-ci avait commis une *culpa in contrahendo* et devait répondre à ce titre du dommage causé à son partenaire. Le tribunal expliqua avec clarté et pertinence la nature du préjudice subi par le lésé : si l'acheteur a payé l'acompte en utilisant ses propres deniers, il s'est privé inutilement des intérêts que lui aurait rapportés le placement de la somme ; s'il a emprunté le montant de l'acompte dans une banque, il a dû payer les intérêts usuels du crédit en pure perte puisque la vente projetée est anéantie en raison d'un vice de forme.

Les avis divergent en revanche sur le taux de l'intérêt perdu à inclure dans l'intérêt négatif. Oser-Schönenberger [175] et la deuxième Chambre civile bernoise [176] semblent opter pour un taux unique de 5 %. Cuendet, Hildebrandt, Keller et Scherrer [177] font un raisonnement qui nous paraît beaucoup plus juste : le juge ne doit pas prendre en considération l'intérêt que le débiteur de l'intérêt négatif a pu retirer des sommes reçues, mais bien plutôt le profit que le créancier aurait pu réaliser s'il avait conservé sa prestation et l'avait utilisée à d'autres fins. Le taux varie donc au gré des circonstances particulières propres à chaque cas et surtout à chaque créancier demandeur. Le Tribunal fédéral se rallie à ce deuxième courant d'opinion : « ... La demanderesse a été privée de la jouissance d'un capital et a subi de ce fait un dommage qui doit être réparé. Elle a donc droit à un intérêt à 3 %, qu'elle aurait pu obtenir d'après l'état actuel du marché monétaire... » [178]

Les remarques précédentes valent d'une façon générale pour tous les profits, fruits et accroissements de la prestation que le créancier a remise au débiteur en exécution du contrat [179]. Comment [180] relève très justement que

[173] Weinberg, p. 32 ; ZR 22 p. 193 N° 109 c. 4 *in fine*.

[174] MDR 1975 p. 51 N° 42.

[175] Oser-Schönenberger, N 10 ad art. 39 CO.

[176] ZBJV 1923 p. 439 c. 9.

[177] Hildebrandt, p. 253 ; Keller, p. 266 ; Scherrer, p. 64 ; Cuendet, p. 64 et 67.

[178] RO 81 II 213 c. 5 = rés. JdT 1956 I 475.

[179] Cf. *supra* chap. IV note 177.

[180] Comment, p. 148.

le demandeur à l'action peut réclamer à titre de gain manqué les fruits que le débiteur a négligé de percevoir ; en revanche, selon les règles de l'enrichissement illégitime, le *solvens* ne peut obtenir que la restitution des profits, fruits et accroissements effectivement perçus par l'*accipiens* [181]. Le taux de l'intérêt répété par la voie de la *condictio* n'est donc pas toujours fixé à 5 % [182] : il varie en fonction des avantages retirés de la somme par l'enrichi puisque c'est l'état de son patrimoine que les articles 62 et suivants CO prennent en considération pour fixer la mesure de la restitution. Il en va différemment dans l'action en dommages-intérêts, où la situation personnelle du créancier est seule déterminante pour l'évaluation du préjudice subi et de l'indemnité qui en résulte. Nous nous permettons à cet égard d'insister encore une fois sur l'insuffisance de la protection que le droit de l'enrichissement illégitime accorde au *solvens* et sur la nécessité impérieuse de renforcer les articles 62 et suivants CO par une action en dommages-intérêts. La victime peut ainsi répéter l'enrichissement de *l'accipiens* au moyen de la *condictio* et obtenir le surplus à titre d'intérêt négatif [183].

III. Opération de couverture et calcul abstrait du dommage

Lorsque le débiteur n'exécute pas ses obligations, il arrive fréquemment que le créancier se procure la marchandise auprès d'un autre fournisseur. Ce deuxième achat est destiné à limiter autant que possible les conséquences dommageables du comportement anticontractuel du débiteur. C'est une mesure d'urgence que le créancier est en droit de prendre pour assurer la sauvegarde de ses intérêts, à condition que la marchandise de remplacement soit d'une qualité équivalente à celle qui était prévue dans le premier contrat. Les juristes parlent d'une *opération de couverture* et l'on admet généralement que les frais supplémentaires qu'elle entraîne constituent un dommage que le débiteur en demeure doit couvrir. L'opération de couverture est destinée à placer le créancier dans la situation qui serait la sienne si le débiteur avait exécuté ses obligations fidèlement et à temps. Le préjudice qui en résulte relève donc en principe de l'intérêt positif [184]. Lemp [185] affirme que

[181] RO 61 II 12 c. 4 = JdT 1935 I 484 ; RO 64 II 132 c. 1 = rés. JdT 1939 I 191 ; RO 84 II 179 c. 4 = JdT 1959 I 49 ; BECKER, N 1 ad art. 64 CO ; VON BÜREN, p. 313 ; VON TUHR-THILO, § 53 I p. 388 ; ENGEL, p. 405.

[182] RO 80 II 152 c. 3 = JdT 1955 I 130.

[183] Cf. *supra* chap. III § 1 II A, chap. IV § 1 II E, chap. IV § 1 III.

[184] RO 45 II 274 c. 2 ; RO 96 II 351 c. 2 c = rés. JdT 1971 I 288 ; SJZ 10 (1922/1923) p. 107 N° 22 ; BECKER, N 34 ad art. 97 CO ; VON TUHR-ESCHER, § 73 VI p. 155 note 91 b ; LARENZ, *Schuldrecht* I, § 27 II 4 p. 312 ; AERNI, p. 78 ; COMMENT, p. 112, 114 à 116 ; CUENDET, p. 62 ; HONSELL, JUS 1976 p. 224.

[185] LEMP, p. 171 s. ; PALANDT-HEINRICHS, N 5 a ad § 325 BGB.

le coût de l'opération de couverture est un cas typique d'intérêt à l'exécution, il en constitue l'essence même et sert d'étalon de mesure pour le calcul du dommage. L'opération de couverture n'est pas réservée aux seules relations commerciales et peut s'effectuer bien au-delà du contexte de la vente [185].

Il nous paraît exclu d'insérer dans le calcul de l'intérêt négatif une opération de couverture telle que nous venons de l'envisager. Les auteurs [186] et les tribunaux [187] qui s'y sont risqués ont incontestablement commis une faute de raisonnement, même si le résultat pratique qu'ils obtiennent coïncide souvent avec le calcul d'un intérêt négatif justement compris. Ce n'est toutefois pas une raison suffisante pour minimiser la portée d'une erreur de raisonnement qui n'en demeure pas moins entière. La solution du problème n'a rien à voir avec l'opération de couverture, malgré les termes ambigus et malheureux employés par certains juristes [188]. Il s'agit au contraire d'une occasion que le créancier de l'intérêt négatif a laissé passer alors qu'il était sûr d'obtenir l'exécution parfaite de la convention conclue avec le débiteur. Le dommage subi par le demandeur ne correspond donc pas à des frais supplémentaires qu'il a engagés pour remédier à une exécution imparfaite, mais bien à l'abandon d'un marché favorable, possible et ouvert dans le passé, introuvable et fermé dans le présent [189].

Lorsqu'il s'agit de biens ayant un prix courant ou un cours en bourse, on peut très bien admettre que le créancier soit dispensé de la preuve d'un dommage concret. Rien ne paraît s'opposer à l'application, par analogie, des articles 191/3 et 215/2 CO au calcul de l'intérêt négatif. Le demandeur peut donc calculer abstraitement le préjudice subi, en comparant l'ancien prix de l'occasion perdue à la valeur actuelle de la chose, au jour pris en considération par le juge [190]. Lorsque l'affaire manquée est l'équivalent de celle qui a été négociée et conclue avec le débiteur, le calcul abstrait de l'intérêt négatif aboutira au même résultat que celui de l'intérêt à l'exécution, par le biais de l'opération de couverture [191], mais il nous paraît indispen-

[186] Becker, N 7 ad art. 26 CO ; Oertmann, *Allg. Teil,* p. 419 ; Staudinger-Coing, N 9 ad § 122 BGB ; Staudinger-Kaduk, N 11 ad § 307 BGB ; Giessel, p. 1839.

[187] Gruchots Beiträge 57 (1913) p. 906 N° 46 (RG) ; Gruchots Beiträge 51 (1907) p. 903 N° 60, spéc. p. 906 (RG).

[188] Haeusler, p. 156 ; Simonius, ZSR 1918 p. 248 ; Wiemken, p. 79 ; Wilutzky, p. 190.

[189] JW 1904 p. 447 N° 1 (RG) ; RGZ 58 p. 326, spéc. p. 327 ; Göschke, p. 91 ; Haeusler, p. 156 ; Rabel, p. 292 ; Schenk, p. 15 ; Simonius, ZSR 1918 p. 248 ; Wiemken, p. 79 ; Wilutzky, p. 190.

[190] JW 1904 p. 447 N° 1 (RG) ; RGZ 58 p. 326, spéc. p. 327 ; ZR 22 p. 193 N° 109 c. 4 ; Becker, N 9 ad art. 109 CO ; BGB-RGRK, N 10 ad § 179 BGB ; Soergel-Siebert, N 23 ad § 179 BGB ; Staudinger-Coing, N 18 ad § 179 BGB ; Erman-Westermann, N 9 ad § 179 BGB.

[191] RO 49 II 28 c. 6 = JdT 1923 I 370 ; Becker, N 9 ad art. 109 CO ; Wiemken, p. 74 ; Rabel, p. 327 ; Kron, p. 67.

sable de faire la distinction juridique entre les deux intérêts. Ces derniers constituent les deux pôles opposés de la responsabilité contractuelle et ne supportent ni cumul ni interférence.

§ 4. LA PERTE DE L'USAGE DE LA CHOSE

I. L'importance du problème dans le cadre de l'intérêt négatif

Il existe un genre particulier de préjudice que nous n'avons pas mentionné jusqu'ici, ni parmi les dépenses engagées inutilement [192] ni parmi les composantes du gain manqué [193]. Il ne faut pas y voir un oubli de notre part et nous ne sommes pas près de refuser la qualité de dommage à l'inconvénient auquel nous pensons. Mais la division classique entre le *damnum emergens* et le *lucrum cessans* nous paraît inapplicable à l'objet du présent paragraphe. Nous y renonçons d'autant plus volontiers qu'elle ne doit pas avoir d'incidence sur l'étendue de la réparation [194] et nous préférons de beaucoup aborder l'étude de ce nouveau désagrément sans l'affubler de l'une ou l'autre des deux étiquettes traditionnelles. Le désavantage en question est celui qui résulte de la privation de l'usage de la chose pendant un certain temps. Il n'est peut-être pas inutile de montrer comment ce préjudice s'intègre dans le cadre habituel de l'intérêt négatif. Nous nous proposons de le faire immédiatement, à l'aide de quelques exemples.

1. A et B passent un contrat de vente portant sur une voiture en date du 1er janvier. A prend possession du véhicule immédiatement et paie le prix au comptant. A invalide le contrat le 1er juin en invoquant une erreur essentielle. Les deux parties se restituent réciproquement leurs prestations et l'errant A se trouve débiteur des dommages-intérêts négatifs de l'article 26 CO. B a été privé de l'usage de la voiture du 1er janvier au 1er juin. Peut-il faire valoir comme intérêt négatif le dommage issu de la perte de l'usage de la voiture pendant une période de cinq mois ?

2. A et B négocient la conclusion d'un contrat de vente portant sur une voiture d'occasion. A serait acheteur, B vendeur. A laisse clairement entendre à son partenaire que l'affaire est en bonne voie. B lui remet provisoirement

[192] Cf. *supra* chap. IV § 2.
[193] Cf. *supra* chap. IV § 3.
[194] Cf. *supra* chap. III § 2 I et II.

le véhicule, en attendant la conclusion définitive de la convention. A garde l'auto pendant un mois, change brusquement d'attitude et rompt fautivement les pourparlers engagés avec B. Ce dernier est en droit d'ouvrir une action en réparation de l'intérêt négatif. Peut-il se prévaloir à ce titre de la perte de l'usage de la voiture pendant un mois ?

3. A et B concluent valablement un contrat de vente à crédit portant sur une voiture. A est acheteur, B vendeur. Les parties insèrent une réserve de propriété dans leur accord, mais le vendeur néglige de la faire inscrire, de telle sorte que la clause ne déploie pas l'effet réel souhaité. B transfert le véhicule en date du 1er janvier et A doit payer le prix le 1er mars. L'acheteur, insolvable, n'exécute pas ses obligations et le vendeur finit par se départir du contrat le 30 juin, après avoir adressé plusieurs sommations à son partenaire et procédé à toutes les opérations légales nécessaires à la résolution du contrat. Le Tribunal fédéral admet en effet que les articles 107 et suivants CO sont applicables à une vente à crédit assortie d'une réserve de propriété nulle parce que non inscrite [195]. Le vendeur qui opte pour la résolution bénéficie de l'action en dommages-intérêts négatifs de l'article 109/2 CO. Peut-il exiger la réparation du préjudice qu'il a subi en étant privé de la voiture pendant six mois ? Relevons que l'article 226 i/1 CO paraît donner une réponse positive à cette question dans le domaine des ventes par acomptes régies par la novelle du 23 mars 1962.

Les trois exemples que nous venons de donner appellent une précision : le demandeur à l'action subit un premier préjudice lié à l'emploi et à l'usure du véhicule par son partenaire durant un certain temps. La moins-value qui en résulte constitue un dommage dont le créancier peut demander la réparation par la voie des dommages-intérêts négatifs [196]. Ce point nous paraît indiscutable, mais il n'a rien à voir avec le préjudice distinct que représente, pour le créancier, la perte de l'usage de la voiture. La moins-value due à l'emploi et à l'usure constitue une dépréciation qui affecte la chose en raison de son utilisation et de sa mise à contribution par le débiteur. La privation de l'usage du véhicule est un dommage que le créancier subit indépendamment de la moins-value mécanique, technique et commerciale de la voiture. Il peut même survenir lorsque le débiteur ne fait pas un seul kilomètre avec l'automobile et que, par conséquent, la dévaluation mécanique et technique avoisine zéro. Le caractère *sui generis* du préjudice envisagé apparaît le plus nettement lorsque la chose vendue ne risque pas une diminution de valeur due à l'emploi et à l'usure par le débiteur. Tel sera le cas d'un meuble ancien,

[195] RO 90 II 285 = JdT 1965 I 130.
[196] RO 90 II 285 c. 3 = JdT 1965 I 130.

d'une vieille gravure ou d'une monnaie romaine, par exemple. Quand la vente porte sur un objet de cette nature, le demandeur à l'action peut-il exiger une indemnité correspondant à la seule privation de l'usage de la chose, indépendamment de toute moins-value technique et commerciale ? Lorsque la vente porte sur un objet courant susceptible d'usure, le créancier de l'intérêt négatif est-il en droit d'actionner le débiteur en réparation du préjudice particulier résultant de la perte de l'usage de la chose en plus de l'indemnisation due pour dépréciation mécanique, technique ou commerciale ?

Les juristes ne se sont pour ainsi dire jamais posé cette question en examinant le contenu spécifique de l'intérêt négatif [197]. La valeur économique et la nature patrimoniale du simple usage d'une chose soulèvent un problème de droit à la fois éternel et très nouveau. Eternel dans la mesure où le créancier est toujours et partout exposé au risque de perdre momentanément l'usage d'une chose qui lui revient. Nouveau pourtant, dans la mesure où le préjudice se produit à une fréquence et avec une intensité toutes particulières à notre époque, dans le domaine des accidents de la circulation routière.

II. Le préjudice d'immobilisation

L'accident de la route a fréquemment pour effet de priver la victime de l'usage de son véhicule pendant le temps nécessaire aux réparations ou à la livraison d'une nouvelle voiture. L'absence momentanée d'automobile est un inconvénient pour tout propriétaire, mais le handicap est plus ou moins lourd de conséquences suivant l'usage et l'affectation du véhicule. Lorsqu'il s'agit d'un instrument de travail, pour le chauffeur de taxi par exemple, la privation de la voiture entraîne une perte de gain dont la victime peut demander la compensation à titre de *lucrum cessans*. Cette situation ne présente aucune difficulté particulière et ne suscite pas les controverses spécifiques du préjudice d'immobilisation. Nous l'excluons de notre analyse pour nous consacrer aux hypothèses dans lesquelles la victime ne subit pas une perte de gain mais seulement les désavantages causés par la privation temporaire d'automobile [198].

Jusqu'ici, les tribunaux suisses n'ont guère eu l'occasion d'examiner à fond le problème posé par la perte momentanée de l'usage du véhicule.

[197] Cf. cependant WIEMKEN p. 75 ; VON CRAUSHAAR, *Der Einfluss des Vertrauens*, p. 83.

[198] BGHZ 45 p. 212, spéc. p. 221 ; LARENZ, *Schuldrecht* I, § 29 II c p. 245 ; GRUNSKY, p. 13.

Toutefois, ils semblent admettre en principe que le préjudice d'immobilisation constitue un dommage dont la victime peut demander la réparation, même lorsqu'elle n'a pas un besoin professionnel journalier de sa voiture [199]. La jurisprudence allemande est en revanche beaucoup plus riche en la matière, aussi bien par le nombre et l'actualité des décisions rendues [200] que par la qualité des arguments juridiques abondamment développés dans les considérants.

L'arrêt fondamental remonte au 30 septembre 1963 [201]. Le BGH y admit expressément que le préjudice d'immobilisation n'était pas couvert par le seul remboursement *pro rata temporis* de la part correspondante des frais fixes occasionnés par une voiture, tels les impôts, les primes d'assurance et les frais de garage. Les juges allouèrent à la victime une indemnité supplémentaire destinée à compenser la perte de l'usage du véhicule pendant le temps nécessaire aux réparations. La Cour précisa ensuite que l'indemnité était due même dans l'hypothèse où la victime ne louait pas une automobile de remplacement, mais se contentait des transports publics ou renonçait purement et simplement à tout déplacement motorisé. Les juges allemands reconnurent donc la qualité de dommage patrimonial à l'impossibilité passagère où se trouve la victime d'utiliser sa voiture comme bon lui semble. Ils relevèrent à cet égard que l'immobilisation de la chose est de nature à entraîner une baisse de sa valeur, qu'elle empêche le propriétaire de la louer, d'en retirer un gain et que le recours à d'autres moyens de locomotion entraîne des frais supplémentaires. Le tribunal constata ensuite que le propriétaire d'une voiture fait les sacrifices financiers nécessaires à son achat et à son entretien dans le seul but de pouvoir l'utiliser à chaque instant pour ses déplacements ; la commodité qu'elle représente est un avantage de nature économique dont la perte est constitutive d'un véritable dommage dans la conception traditionnellement admise aujourd'hui. Les juges opérèrent enfin avec le célèbre *Kommerzialisierungsgedanke* [202] : l'usage d'une automobile est un avantage susceptible d'être acheté à un certain prix de marché ; lorsque cet usage est compromis par le fait du responsable, on

[199] RO 77 II 43 = JdT 1952 I 468 N° 39 ; SJ 1957 p. 602, spéc. p. 606 ; JdT 1964 I 455 N° 68 ; SJZ 1975 p. 369 N° 164 = JdT 1976 I 459 N° 66 ; *contra :* SJ 1951 p. 615, spéc. p. 623 ; JdT 1969 I 477 N° 94 ; OFTINGER I, p. 47 s. ; dans la dernière édition de son traité, OFTINGER n'affirme plus que la perte de l'usage d'une automobile ne constitue pas en soi un dommage au sens juridique du terme (OFTINGER I, 4e édition, p. 62).

[200] BGHZ 40 p. 345 ; BGHZ 45 p. 212 ; BGHZ 55 p. 146 ; BGHZ 56 p. 214 ; NJW 1975 p. 40 c. 2 a, spéc. p. 41 (BGH) ; NJW 1975 p. 347 c. IV, spéc. p. 349 (BGH) ; NJW 1975 p. 733 (BGH).

[201] BGHZ 40 p. 345.

[202] OSER-SCHÖNENBERGER, N 74 ad art. 41 CO ; LARENZ, *Schuldrecht* I, § 29 II c p. 347 s. ; NEUNER, p. 290, 307, 309, 314 ; LARENZ, Festgabe Oftinger, p. 155 à 157 ; GRUNSKY, p. 34 ss ; HONSELL, JUS 1976 p. 226.

doit considérer que ce dernier a lésé et détruit l'équivalent patrimonial en général nécessaire à son acquisition, soit le prix de marché ; le responsable apparaît donc comme l'auteur du dommage correspondant.

Le BGH confirma ultérieurement cet arrêt de principe [203], mais il fit plusieurs réserves et imposa des limites assez strictes aux plaideurs trop pressés de faire admettre comme dommage la privation de n'importe quel bien, par exemple un manteau de fourrure [204]... Les restrictions posées par la Cour ne sont pas toujours justifiées ni soutenables au point de vue juridique [205]. Elles s'expliquent toutefois par la nécessité impérieuse d'endiguer le flot croissant des actions ouvertes en justice par des demandeurs ayant subi une contrariété plutôt qu'un véritable dommage [206]. Nous ne saurions entrer dans le dédale de la casuistique mouvante des tribunaux allemands sans déborder à l'excès le cadre de l'intérêt négatif. Il nous suffit de constater à cet égard que le droit allemand contemporain se réfère aux usages et admet que la possibilité d'utiliser un objet puisse constituer un avantage de nature patrimoniale distinct de la valeur de l'objet lui-même dans la mesure où il est possible de parler d'une *Kommerzialisierung* de l'utilisation envisagée [207] : celui qui porte une atteinte, même temporaire, à la faculté qu'a le créancier de disposer et d'user de sa chose à sa guise cause à ce dernier un préjudice particulier qui doit être réparé en plus du dommage constitué par la destruction totale ou partielle de l'objet.

III. **Perte de l'usage de la chose et intérêt négatif : esquisse d'une solution**

Les exemples que nous avons donnés au début du présent paragraphe montrent bien que la privation de l'usage d'une automobile n'intervient pas exclusivement dans les cas d'immobilisation due à un accident de circulation. L'atteinte portée au créancier nous paraît être exactement la même dans les hypothèses que nous avons envisagées. Nous ne voyons donc aucune raison

[203] Cf. *supra* chap. IV note 200.

[204] NJW 1975 p. 733 (BGH).

[205] GRUNSKY, p. 42 à 45 ; KEUK, p. 210 s.

[206] BGHZ 55 p. 146, spéc. p. 151 s. et les nombreuses références citées ; BB 1976 p. 999 (BGH).

[207] RO 81 II 213 c. 5 = rés. JdT 1956 I 475 ; NJW 1975 p. 40 c. 2 a, spéc. p. 41 (BGH) ; NJW 1975 p. 733 c. II 2 a, b, c, spéc. p. 734 s. (BGH) ; NJW 1975 p. 347 c. IV, spéc. p. 349 (BGH) ; FIKENTSCHER, § 49 III 2 d p. 251 s., § 55 II 4 p. 295 ; ERMAN-SIRP, N 67 ad § 249 BGB ; FISCHER, p. 18 à 20 ; MERTENS, p. 61, 157, 213 ; NEUWALD, p. 10, 95 à 115 ; WEYERS, p. 42, 43, 49.

d'admettre le préjudice d'immobilisation dans le contexte de la responsabilité délictuelle et de refuser une indemnité au créancier de l'intérêt négatif pour la perte d'usage dont il est la victime par le fait de son débiteur. A nos yeux, il est indispensable d'appliquer le même régime juridique à ces deux situations, selon nous identiques : le créancier privé de l'usage de la chose subit un dommage que le débiteur doit réparer.

On peut encore aller plus loin et donner à ces remarques une portée très générale, quel que soit le bien dont le créancier est privé : les dommages-intérêts négatifs couvrent la privation temporaire de l'usage d'un objet chaque fois que l'ordre juridique admet que le *Gebrauchsvorteilverlust* constitue un dommage au sens des articles 41 et suivants CO et des §§ 249 et suivants BGB. *L'Oberlandesgericht* de Cologne vient de franchir un pas décisif en ce sens, en admettant que l'intérêt négatif comprend l'intérêt de l'acompte versé en pure perte par le créancier quand le contrat de vente immobilière est nul et que les parties doivent se restituer leurs prestations réciproques [208]. L'intérêt d'une somme d'argent correspond à son loyer, soit au prix que l'on doit payer pour être à même d'en disposer librement. L'usage de l'argent n'est donc pas gratuit, il représente au contraire un avantage ayant une certaine valeur économique, celle de l'intérêt précisément. Si nul ne peut contester sérieusement la valeur économique de l'usage de l'argent ou d'une automobile, pourquoi ne pas appliquer le même raisonnement à d'autres bien qui n'ont, jusqu'ici, pas donné lieu à des procès relatifs à la valeur de leur usage [209] ? Nous n'y voyons personnellement aucun obstacle et nous estimons qu'il est juste et opportun d'allouer au créancier de l'intérêt négatif une indemnité destinée à compenser le préjudice qu'il subit en étant momentanément privé de sa maison, de ses meubles et, pourquoi pas, de son téléviseur.

Le calcul de l'indemnité s'effectuera sur la base du prix usuel de location d'un bien du même genre, comme les tribunaux allemands l'ont justement décidé, notamment dans le cadre du préjudice automobile [210]. La tendance dominante n'accorde pourtant pas une indemnité égale au total du prix de location d'une chose similaire : elle déduit entre autres de ce montant une somme correspondant aux frais généraux et au bénéfice de l'entreprise [211]. Cette réduction des dommages-intérêts nous paraît fausse et injuste. Le prix de location est le seul critère possible qui permette d'apprécier et de mesurer

[208] MDR 1975 p. 51 N° 42.

[209] PALANDT-HEINRICHS, N 2 b aa Vorbem. vor § 249 BGB ; GRUNSKY, p. 12, 18, 27 ; WEYERS, p. 43 ; KEUK, p. 208.

[210] BGHZ 40 p. 345, spéc. p. 355 ; BGHZ 45 p. 212, spéc. p. 220 ; GRUNSKY, p. 26 s., 46 à 49 ; WEYERS, p. 43 et 49.

[211] BGHZ 45 p. 212, spéc. p. 220 ; BGHZ 56 p. 214, spéc. p. 217 ; GRUNSKY, p. 26 s.

la valeur de l'usage d'un bien et de la perte de cet usage. La location d'un bien de remplacement est aussi le seul moyen de parer immédiatement aux conséquences de l'acte dommageable. Le caractère onéreux de la location d'une chose semblable décide le juge à admettre l'existence d'un dommage ; le coût de l'opération doit aussi lui donner la mesure du préjudice à réparer. Le gain de l'entreprise fait partie intégrante du prix de location d'un bien de remplacement, il ne saurait en être dissocié et déduit de l'indemnité due au lésé. Cette dernière sera donc calculée d'après la valeur pleine et entière de l'intérêt lésé [212].

L'*Oberlandesgericht* de Cologne a eu l'occasion de se prononcer récemment sur la nature patrimoniale de la privation de l'usage d'un bien qui ne fait pas comme tel l'objet d'un véritable marché et dont le prix de location est, par conséquent, presque impossible à estimer et à arrêter [213]. Il s'agissait en l'espèce d'un maître d'ouvrage qui avait fait construire une piscine couverte dont le prix s'élevait à 200 000 marks. L'entrepreneur commit diverses erreurs dans l'exécution des travaux et le maître se trouva privé de l'usage de la piscine durant les deux ans nécessaires aux réparations. La victime ouvrit action et prétendit notamment à un dédommagement pour le *Gebrauchsvorteilverlust*. Le tribunal reconnut le bien-fondé de la demande et admit que le prix de la construction et son amortissement fournissaient un critère objectif pour apprécier l'étendue du dommage : l'amortissement fut fixé à 1 %, soit 2000 marks par année, l'intérêt à 4 %, soit 8000 marks par année. Le préjudice s'élevait donc, en principe, à 10 000 marks par an, mais les juges refusèrent d'allouer 20 000 marks au demandeur, en avançant des raisons d'équité sommaires et peu claires, en tout cas dans l'extrait publié de l'arrêt. L'existence d'une valeur de location correspondant à un prix de marché ne constitue donc pas une condition indispensable à l'octroi de dommages-intérêts destinés à compenser la privation de l'usage de la chose. Il ne faut toutefois pas méconnaître l'aspect pratique de ce genre de litige : plus souvent le bien dont le créancier est privé apparaît dans les relations économiques, plus aisée s'avère la détermination de son prix de location et, partant, de la valeur de son usage. Le juge ne rencontre alors pas de grandes difficultés dans les opérations destinées au calcul du préjudice puisqu'il peut se baser sur un tarif régulièrement appliqué et difficilement contestable.

[212] GRUNSKY, p. 48 s. ; ZEUNER, AcP 1964 p. 397 ; VersR 1968 p. 781.
[213] NJW 1974 p. 560.

CONCLUSION

Arrivé au terme de notre étude, nous ne saurions cacher l'étonnement que nous inspire la sévérité des critiques adressées fréquemment à l'intérêt négatif. En effet, on le considère souvent avec méfiance, comme un corps sophistiqué et inadapté à nos institutions juridiques traditionnelles. L'étrangeté de l'intérêt négatif nous paraît cependant bien plus grande dans l'esprit de ses détracteurs que dans la réalité concrète des opérations nécessaires au calcul du préjudice. La bizarrerie de l'intérêt négatif est un mythe, ses lacunes et ses incohérences ne sont en bonne partie que chimères et illusions. L'intérêt négatif constitue un type particulier de dommage dont la réparation n'échappe pas aux principes généraux du droit de la responsabilité civile. Son étendue est définie de cas en cas, selon les critères usuels de la théorie dite de la causalité adéquate. Peu importe la quotité de l'intérêt positif susceptible d'entrer en ligne de compte, peu importe la prévisibilité du préjudice. L'intérêt négatif doit être en principe réparé dans son intégralité, comme tout autre dommage. Sa particularité ne réside pas tant dans ses composantes, lesquelles n'ont avec lui aucun lien essentiel et exclusif, mais bien plutôt dans l'enchaînement causal que le juge doit prendre en considération pour déterminer le montant du préjudice. C'est, à notre avis, là que se situe un des traits les plus saillants du génie créateur de Jhering : l'auteur a exposé avec une clarté exemplaire et une logique irréfutable que le juge commet un contre-sens aberrant s'il accepte d'octroyer des dommages-intérêts positifs fondés sur l'inexécution du contrat dans les hypothèses où il refuse au créancier le droit d'obtenir l'exécution en nature. La constatation et l'affirmation de ce principe juridique apparemment élémentaire furent à l'origine des recherches entreprises par Jhering dans le but de venir en aide à la victime d'une faute précontractuelle.

La mise à jour de l'intérêt négatif, à laquelle nous avons tenté de procéder, nous a permis de le saisir dans ses rapports avec la revendication et l'action fondée sur l'enrichissement illégitime, en cas d'inexistence, de nullité, d'invalidité ou de résolution du contrat ; l'intérêt négatif est orienté vers la

réalisation de l'inefficacité de l'acte, et il intervient pratiquement, à titre complémentaire et auxiliaire, lorsque la simple suppression des effets accomplis, par l'action réelle ou la *condictio,* ne suffit pas à restaurer l'état économique antérieur, conformément à l'idée de rescision qui domine toute la matière. La solution proposée par Jhering nous paraît irréprochable sur le plan théorique et nous la croyons tout à fait utilisable et opportune dans son application aux cas d'espèce. Jhering a donc le double mérite d'avoir créé quelque chose qui est à la fois juste et judicieux. L'intérêt négatif vient en effet atténuer la rigueur dont la loi fait parfois preuve à l'égard de la victime d'un acte inexistant, nul, invalidé ou résolu.

L'intérêt négatif est une institution dont le schéma juridique s'avère très simple et l'hostilité qu'il a rencontrée ne s'explique à nos yeux que par la relative rareté de son application pratique. On peut en effet affirmer que les relations contractuelles des parties donnent lieu à des procès bien plus en raison de l'inexécution d'un accord valable qu'en raison de l'inefficacité de l'acte fondée sur l'inexistence, la nullité, l'invalidité ou la résolution de celui-ci. Cette constatation ne devrait cependant pas être considérée comme un motif suffisant pour condamner en bloc l'intérêt négatif.

Nous n'avons pas la prétention d'avoir réussi à réhabiliter l'intérêt négatif. Tel n'était d'ailleurs pas notre propos. Nous nous permettrons toutefois d'éprouver quelque satisfaction si notre étude a contribué utilement à le faire mieux connaître, en particulier pour le soustraire aux attaques précipitées dont il est trop souvent l'objet. Avant d'être mis à mort, l'intérêt négatif a le droit d'exister et d'être défendu.

BIBLIOGRAPHIE

I. Ouvrages généraux, traités, commentaires

BECKER Hermann : *Berner Kommentar,* Bd VI : *Obligationenrecht,* 1. Abt. : *Allgemeine Bestimmungen (Art. 1-183 OR),* 2e édition, Berne 1941 ; 2. Abt. : *Die einzelnen Vertragsverhältnisse (Art. 184-551 OR),* 1re édition, Berne 1934.

BGB-RGRK : *Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar,* hrsg. von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, 11e édition, Berlin 1959 ss.

BLOMEYER Arwed : *Allgemeines Schuldrecht,* 4e édition, Berlin/Francfort a. M. 1969 (cité : Blomeyer, *Schuldrecht*).

von BÜREN Bruno : *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil,* Zurich 1964 (cité : von Büren).

— *Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil,* Zurich 1972 (cité : von Büren, *Bes. Teil*).

DESCHENAUX Henri : *Le titre préliminaire du Code civil,* in Traité de droit privé suisse, tome II/1, Fribourg 1969 (cité : Deschenaux, TDS II/1).

EGGER August : *Zürcher Kommentar,* Bd I : *Einleitung und Personenrecht (Art. 1-89 ZGB),* 2e édition, Zurich 1930 ; Bd II : *Das Familienrecht,* 1. Abt. : *Das Eherecht (Art. 90-251 ZGB),* 2. Abt. : *Die Verwandtschaft (Art. 252-359 ZGB),* 3. Abt. : *Die Vormundschaft (Art. 360-456 ZGB),* 2e édition, Zurich 1936/1943/1948 (cité : Egger).

ENGEL Pierre : *Traité des obligations en droit suisse (dispositions générales du CO),* Neuchâtel 1973.

ENNECCERUS-LEHMANN : Ludwig Enneccerus, Heinrich Lehmann, *Recht der Schuldverhältnisse,* 15e édition, Tübingen 1958.

ENNECCERUS-NIPPERDEY : Ludwig Enneccerus, Hans Carl Nipperdey, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts,* 1. und 2. Halbband, 15e édition, Tübingen 1959/1960.

ERMAN : *BGB, Handkommentar,* 5e édition, Münster 1972 (cité Erman-...).

ESCHER Arnold : *Zürcher Kommentar,* Bd III : *Das Erbrecht,* 1. Abt. : *Die Erben (Art. 457-536 ZGB),* 2. Abt. : *Der Erbgang (Art. 537-640 ZGB),* 3e édition, Zurich 1959/1960.

ESSER Josef : *Schuldrecht,* Bd I : *Allgemeiner Teil,* Bd II : *Besonderer Teil,* 4e édition, Karlsruhe 1970/1971.

FIKENTSCHER Wolfgang : *Schuldrecht,* 4e édition, Berlin/New York 1973.

FLUME Werner : *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts,* Bd II : *Das Rechtsgeschäft,* Berlin/Heidelberg/New York 1965.

— *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts,* Bd II : *Das Rechtsgeschäft,* 2e édition, Berlin/Heidelberg/New York 1975 (cité : Flume).

von GIERKE Otto : *Deutsches Privatrecht,* Bd III : *Schuldrecht,* Munich/Leipzig 1917.

GIGER Hans : *Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, die einzelnen Vertragsverhältnisse, Kauf und Tausch, die Schenkung* (Art. 184-252 OR), Lieferung I, Art. 184-188 OR), Berne 1973 (cité : Giger).

GROSSEN J.-M. et GÖTZ E. : *Les personnes physiques ; l'enregistrement de l'état civil,* in Traité de droit privé suisse, tome II/2, Fribourg 1974 (cité : Grossen, TDS II/2).

GUHL Theo : *Das schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts,* 6e édition mise à jour par Hans Merz et Max Kummer, Zurich 1972 (cité : Guhl).

JÄGGI Peter : voir sous Schönenberger-Jäggi.

KELLER Alfred : *Haftpflicht im Privatrecht,* Berne 1970.

LARENZ Karl : *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts,* 3e édition, Munich 1975 (cité : Larenz, *Allg. Teil).*

— *Lehrbuch des Schuldrechts,* Bd I : *Allgemeiner Teil,* Bd II : *Besonderer Teil,* 10e édition, Munich 1970/1972 (cité : Larenz, *Schulrecht* I, II).

— *Lehrbuch des Schuldrechts,* Bd I : *Allgemeiner Teil,* 11e édition, Munich 1976 (cité : Larenz, *Schuldrecht* I, 11e édition).

MARTIN Alfred : *Le Code des Obligations,* vol. I : *Théorie des obligations,* Genève 1919 (cité : Martin, *Le Code des Obligations).*

MEDICUS Dieter : *Bürgerliches Recht,* 6e édition, Munich 1973 (cité : Medicus, *Bürgerliches Recht*).

MERZ Hans : *Berner Kommentar, Einleitungsband* (Art. 2 ZGB), Berne 1966 (cité : Merz).

OERTMANN Paul : *Kommentar zum BGB, Allgemeiner Teil,* 3e édition, Berlin 1927 (cité : Oertmann, *Allg. Teil*).

— *Kommentar zum BGB, das Recht der Schuldverhältnisse,* 3e-4e édition, Berlin 1910 (cité : Oertmann, *Recht der Schuldverhältnisse*).

OFTINGER Karl : *Schweizerisches Haftpflichtrecht,* vol. I : *Allgemeiner Teil,* 3e édition, Zurich 1969 ; vol. II : *Besonderer Teil,* 1re partie, 3e édition, Zurich 1970 ; vol. II : *Besonderer Teil,* 2e partie, 2e édition, Zurich 1962 (cité : Oftinger).

— *Schweizerisches Haftpflichtrecht,* vol. I : *Allgemeiner Teil,* 4e édition, Zurich 1975 (cité : Oftinger, 4e édition).

OSER-SCHÖNENBERGER : Hugo Oser, Wilhelm Schönenberger, *Zürcher Kommentar,* Bd V : *Obligationenrecht,* 1re partie (Art. 1-183 OR), 2e partie (Art. 184-418 OR), 3e partie (Art. 419-529 OR), 2e édition, Zurich 1929/1936/1945.

PALANDT Otto : *Bürgerliches Gesetzbuch, Kurz-Kommentar,* 33e édition, Munich 1974 (cité : Palandt-...).

PIOTET Paul : *Droit successoral,* in Traité de droit privé suisse, tome IV, Fribourg 1975 (cité : Piotet, TDS IV).

PLANCK Gottlieb : *Kommentar zum BGB,* vol. II/1 (§§ 241-432 BGB), 4e édition, Berlin 1914.

SCHÖNENBERGER-JÄGGI : Wilhelm Schönenberger, Peter Jäggi, *Zürcher Kommentar,* Bd V : *Obligationenrecht,* partie du vol. I a *(Allgemeine Einleitung, Art. 1-17 OR),* 3e édition, Zurich 1973.

SOERGEL-SIEBERT : Hans Th. Soergel, W. Siebert, *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Kommentar,* 10e édition, Stuttgart/Berlin/Cologne/Mayence 1967-1971.

STAUDINGER Julius : *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,* 11e édition, Berlin 1955 ss (cité : Staudinger-...).

von TUHR Andreas : *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts,* vol. I, II 1 et 2, Leipzig 1910-1918 (réimpression Berlin 1957) (cité : von Tuhr, *Allg.* Teil).

— *Partie générale du Code fédéral des obligations,* traduit de l'allemand par M. de Torrenté et E. Thilo, 2e édition française mise à jour par Thilo, Lausanne 1933/1934 (cité : von Tuhr-Thilo).

— *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts,* 3e édition allemande mise à jour par Peter et Escher, Zurich 1974 (cité : von Tuhr-Peter et von Tuhr-Escher).

TUOR Peter : *Berner Kommentar,* Bd III : *Das Erbrecht,* 1. Abt. : *Die Erben (Art. 457-536 ZGB),* 2e édition, Berne 1952.

II. Articles, thèses, monographies

AERNI Kurt : *Die Rechtsfolgen bei Vorhandensein von Willensmängeln.* Thèse Berne 1944.

AESCHLIMANN Rudolf : *Nichtigkeit wegen Widerrechtlichkeit im Sinne von OR 20, unter Berücksichtigung des Kriegswirtschaftsrechts.* Thèse Zurich 1949.

ALBERTI : *Die Mitteilungspflicht über Unvermögen oder Unmöglichkeit und ihre Verletzung,* in AcP 1920 p. 141 ss.

AMMAN Hans : *Lohnpfändung und Lohnabtretung,* in Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs 1955 p. 161 ss.

BACHMANN Hans : *Der Irrtum nach Artikel 23 ff des schweizerischen OR.* Thèse Berne 1928.

BADER H. : *Bemerkungen zur Zufallshaftung,* in SJZ 21 (1924/1925) p. 271 ss.

BÄHR : *Über Irrungen im Kontrahieren,* in Jherings Jb. 1875 p. 392 ss.

BÄR Thomas : *Zum Rechtsbegriff der Garantie, insbesondere im Bankgeschäft.* Thèse Zurich 1963.

BALLERSTEDT Kurt : *Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluss durch Stellvertreter,* in AcP 1950/1951 p. 501 ss.

BANG F. : *Falsa demonstratio. Ein Beitrag zur Lehre der Auslegung und Anfechtung,* in Jherings Jb. 1916 p. 309 ss.

BARTH Hans Rudolf : *Schadenersatz bei nachträglicher Unmöglichkeit der Erfüllung unter dem Gesamtaspekt des Schadenersatzes infolge Vertragsverletzung.* Thèse Zurich 1957.

BATTES Robert : *Erfüllungsansprüche trotz beiderseits bewussten Formmangels,* in JZ 1969 p. 683 ss.

BAUM G. : *Irrtum und Gewährleistung,* in DJZ 1902 p. 144 s.

BAUMERT Georg : *Tatbestand und Haftungsmassstab der einzelnen Pflichten bei der culpa in contrahendo.* Thèse Berlin 1955.

BEHREND : *Die Haftung des falsus procurator für die Kosten des erfolglosen Prozesses gegen angeblich Vertretenen,* in DJZ 1908 p. 642 s.

BEITZKE Günther : *Treu und Glauben bei Privatrechtsgeschäften der öffentlichen Hand,* in MDR 1953 p. 1 ss.

BERGER Erich : *Die Grenzen der Haftung für Verschulden bei Vertragsverhandlungen.* Thèse Göttingen 1935.

BERNEY Jacques : *De la demeure en droit romain, français et suisse.* Thèse Lausanne 1886.

BESSON Charles : *La force obligatoire du contrat et les changements dans les circonstances.* Thèse Lausanne 1955.

BETZINGER : *Berührungspunkte zwischen den ädilizischen Rechtsbehelfen (§§ 459 ff BGB), der Anfechtung wegen Irrtums (§ 119) und der Kondiktion (§ 812),* in Recht 1903 p. 276 ss.

BIEDERMANN Ernst : *Der Rücktritt vom zweiseitigen Vertrage wegen Schuldnerverzuges nach dem schweizerischen OR.* Thèse Leipzig 1909.

BLASS R. : *Zum Wahlrecht nach OR art. 107,* in SJZ 14 (1917) p. 81 ss.

BLOMEYER Arwed : *Fortschritte der modernen Schuldrechtsdogmatik,* in AcP 1955 p. 527 ss (cité : Blomeyer, AcP 1955).

von BLUME W. : *Das Verhältnis des Anfechtungsrechts zum Wandlungsrecht beim Kauf und beim Mietvertrage,* in Recht 1907 p. 351 ss.

BLUMENSTEIN : *Begriff und Bedeutung des Verschuldens in OR Art. 124, 125,* in ZBJV 1900 p. 289 ss.

BÖHME Lothar : *Die Aufklärungspflicht bei Vertragsverhandlungen.* Thèse Göttingen 1964.

BOSSHARDT Oskar : *Der Schadenersatz beim Rücktritt vom Vertrag (OR 107, 109),* in SJZ 30 (1933-1934) p. 81 s.

BOVAY Henry : *Essence de la demeure.* Lausanne 1934.

BRECHT : *System der Vertragshaftung (Unmöglichkeit der Leistung, positive Vertragsverletzungen und Verzug),* in Jherings Jb. 1908 p. 213 ss.

BREIT James : *Reformbedürftigkeit des Schadensersatzrechts ?,* in DJZ 1911 p. 1367 ss (cité : Breit, DJZ 1911).

— *Anfechtung wegen Irrtums über Kreditwürdigkeit des Käufers nach Konkurseröffnung,* in LZ 1914 p. 1704 ss (cité : Breit, LZ 1914).

BROCK Walther : *Das negative Vertragsinteresse.* Berlin 1902.

BROX Hans : *Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung.* Karlsruhe 1960.

BROX H. und ELSING Siegfried : *Die Mängelhaftung bei Kauf, Miete und Werkvertrag,* in JUS 1976 p. 1 ss.

BRUN André : *Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle.* Thèse Lyon 1931.

BUCHER Eugen : *Notizen zu Art. 185 OR (Gefahrtragung durch den Käufer),* in ZSR 1970 I p. 281 ss.

BURCKHARDT C. Chr. : *Die Revision des schweizerischen Obligationenrechts in Hinsicht auf das Schadensersatzrecht,* in ZSR 1903 p. 469 ss.

BUSSY André : *Etude sur les conditions générales de l'enrichissement illégitime en droit suisse.* Thèse Lausanne 1922.

BYDLINSKI Franz : *Probleme der Schadensverursachung nach deutschem und österreichischem Recht.* Stuttgart 1964.

von CAEMMERER Ernst : *Bereicherung und unerlaubte Handlung,* in Festschrift Rabel, Tübingen 1954, p. 333 ss.

CANARIS Claus-Wilhelm : *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht.* Munich 1971 (cité : Canaris, *Vertrauenshaftung).*

— *Geschäfts- und Verschuldensfähigkeit bei Haftung aus culpa in contrahendo, Gefährdung und Aufopferung,* in NJW 1964 p. 1987 ss (cité : Canaris, NJW 1964).

— *Ansprüche wegen positiver Vertragsverletzung und Schutzwirkung für Dritte bei nichtigen Verträgen,* in JZ 1965 p. 475 ss (cité : Canaris, JZ 1965).

CAPITAINE Georges : *Des courtes prescriptions, des délais et actes de déchéance du CCS et du CO.* Genève 1937.

CAVIN Pierre : *Considérations sur la garantie en raison des défauts de la chose vendue,* in SJ 1969 p. 329 ss (cité : Cavin, SJ 1969).

— *La promesse de contracter,* in SJ 1970 p. 321 ss (cité : Cavin, SJ 1970).

CHATELAIN Jean-Pierre : *Tendances actuelles du TF dans le domaine de la responsabilité civile,* in ZBJV 1969 p. 209 ss.

de CLAPAREDE H. : *Beiträge zur Lehre vom Leistungsverzuge mit besonderer Berücksichtigung des BGB und des schweizerischen Obligationenrechts.* Genève 1903.

CLASEN : *Die Haftung für Vertrauensschaden,* in NJW 1952 p. 14.

COHÉRIER André : *Des obligations naissant des pourparlers préalables à la formation des contrats.* Thèse Paris 1939.

COMMENT Albert : *De la demeure du débiteur dans les contrats bilatéraux. Articles 107 à 109 CO.* Thèse Berne 1924.

von CRAUSHAAR Götz : *Der Einfluss des Vertrauens auf die Privatrechtsbildung.* Munich 1969 (cité : von Craushaar, *Der Einfluss des Vertrauens).*

— *Die Bedeutung der Rechtsgeschäftslehre für die Problematik der Scheinvollmacht,* in AcP 1974 p. 2 ss (cité : von Craushaar, AcP 1974).

— *Haftung aus culpa in contrahendo wegen Ablehnung des Vertragsabschlusses,* in JUS 1971 p. 127 ss (cité : von Craushaar, JUS 1971).

CUENDET Jean : *La faute contractuelle et ses effets. Etude de l'article 99/3 CO.* Thèse Lausanne 1970.

CUÉNOD Bernard : *Délimitation du domaine de l'erreur.* Thèse Lausanne 1941.

DANZ Erich : *Über das Verhältnis des Irrtums zur Auslegung nach dem BGB,* in Jherings Jb. 1904 p. 381 ss.

DÉMOGUE René : *Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance,* in Rev. trim. 1905 p. 723 ss (cité : Démogue, Rev. trim. 1905).

— *De la nature et des effets du droit éventuel,* in Rev. trim. 1906 p. 231 ss (cité : Démogue, Rev. trim. 1906).

DESCHENAUX Henri : *La révision des contrats par le juge,* in ZSR 1942 p. 509 a ss.

Des Gouttes René : *Système des nullités en droit suisse,* in ZSR 1929 p. 349 ss.

Diederichsen Uwe : *Das Zusammentreffen von Ansprüchen aus Verschulden beim Vertragsabschlusse und Sachmängelgewährleistung,* in BB 1965 p. 401 ss.

Diesselhorst Malte : Note à l'arrêt BGHZ 53 p. 144, in JZ 1970 p. 418 s.

Drenhaus Carl : *Die Haftung für Verschulden beim Vertragsabschlusse, insbesondere bei Nichtzustandekommen eines Grundstücksübereignungsvertrages.* Thèse Erlangen 1932.

Droin Jacques : *Les effets de l'inobservation de la forme en matière de transfert de la propriété immobilière.* Mémoires publiés par la Faculté de droit N° 26, Genève 1969.

Droin Marc : *L'intérêt négatif au contrat en droit suisse.* Genève 1928.

Dunz Walter et Kraus Irene : *Haftung für schädliche Ware.* Bad Homburg 1969.

Ebbecke : *Irrtum und Verwandtes,* in Recht 1911 p. 740 ss.

Eckstein Ernst : *Der Untergang der Obligation durch Unmöglichkeit, Leistungserschwerung und verwandte Umstände und das Schicksal der Gegenleistung,* in Archiv für Bürgerliches Recht 1912 p. 390 ss.

Egger August : *Schadenersatz bei absichtlicher Täuschung (OR 31/3),* in SJZ 18 (1921/1922) p. 217 ss (cité : Egger, SJZ 18 [1921/1922]).

— *Missbrauch der Vertretungsmacht,* in Beiträge zum Handelsrecht, Festgabe Carl Wieland, Bâle 1934, p. 47 ss.

Ehmcke Torsten : *Schadensersatzfolgen der Formnichtigkeit.* Thèse Münster 1971.

Ehrbar Max : *Rücktrittsrecht und Schadenersatzanspruch des Mieters nach Art. 254/255 OR,* in SJZ 47 (1951) p. 7 ss.

Eichler Hermann : *Die Rechtslehre vom Vertrauen.* Tübingen 1950.

Emmerich Volker : *Die anfängliche Unmöglichkeit der Leistung,* in Athenäum Zivilrecht I, Grundlagen des Vertrags- und Schuldrechts, Francfort a. M. 1972.

Erman Walter : *Beiträge zur Haftung für das Verhalten bei Vertragsverhandlungen,* in AcP 1934 p. 273 ss.

Fischbach : *Vorbereitende Rechtsverhältnisse,* in Archiv für Bürgerliches Recht 1915 p. 160 ss.

Fischer Hans Albrecht : *Der Schaden nach dem BGB.* Jena 1903 (cité : Fischer).

— *Bereicherung und Schaden,* in Festschrift E. Zitelmann, Munich et Leipzig 1913, p. 1 ss.

Flume Werner : *Der Wegfall der Bereicherung in der Entwicklung vom römischen zum geltenden Recht,* in Festschrift für Hans Niedermeyer, Göttingen 1953, p. 103 ss (cité : Flume, Festschrift Niedermeyer).

— *Das Rechtsgeschäft und das rechtlich relevante Verhalten,* in AcP 1962 p. 52 ss (cité : Flume, AcP 1962).

— *Die Entreicherungsgefahr und die Gefahrtragung bei Rücktritt und Wandlung,* in NJW 1970 p. 1161 ss (cité : Flume, NJW 1970).

Frank R. : *Ein Fall von culpa in contrahendo internationalen Rechts,* in SJZ 52 (1956) p. 106 ss.

Franke Hermann : *Die unrichtige Übermittlung von Boten-Erklärung und ihre rechtlichen Folgen nach BGB.* Thèse Heidelberg 1908.

FRANKENBURGER : *Die Anfechtung von Rechtsgeschäften wegen Irrtums, Arglist und Drohung (§§ 119, 123 ff BGB) und die Rechtsprechung,* in Seufferts Blätter für Rechtsanwendung 1908 p. 491 ss et p. 525 ss.

FRITSCH Andreas : *Das negative Vertragsinteresse.* Thèse Erlangen 1900.

FROTZ Gerhard : *Verkehrsschutz im Vertretungsrecht.* Francfort a. M. 1972.

— *Die rechtsdogmatische Einordnung der Haftung für culpa in contrahendo,* in Gedenkschrift Franz Gschnitzer, Innsbruck 1969, p. 163 ss (cité : Frotz).

GAUTHIER Jean : *Le pacte successoral.* Thèse Lausanne 1955 (cité : Gauthier, thèse).

— *La cession de créance dans la saisie et la faillite,* in SJ 1970 p. 385 ss.

GAUTSCHI Georg : *Nichterfüllung, Haftungsgrund und Haftungsverzicht bei Arbeitsobligationen,* in Festgabe Karl Oftinger, Zurich 1969, p. 7 ss.

GERHARDT Walter : *Der Haftungsmassstab im gesetzlichen Schutzverhältnis (positive Vertragsverletzung, culpa in contrahendo),* in JUS 1970 p. 597 ss (cité : Gerhardt, JUS 1970).

— *Die Haftungsfreizeichnung innerhalb des gesetzlichen Schutzverhältnisses,* in JZ 1970 p. 535 ss (cité : Gerhardt, JZ 1970).

GEPPERT : *Zur Lehre von der Arglist des Verkäufers beim Vertragsabschluss,* in Jherings Jb. 1914 p. 437 ss.

GIESSEL : *Zu dem § 122 BGB,* in LZ 1914 p. 1838 s.

GIGER Hans : *Grundsätzliches zum richterlichen Eingriff in den Vertrag,* in ZBJV 1969 p. 309 ss (cité : Giger, ZBJV 1969).

GILLIARD François : *Vers l'unification du droit de la responsabilité,* in Société suisse des juristes, Rapports et communications, Bâle 1967, p. 193 ss.

GLASS Eberhard : *Gefahrtragung und Haftung beim gesetzlichen Rücktritt.* Thèse Berlin 1957.

GÖSCHKE R. : *Über Art. 107 bis 109 OR,* in ZBJV 1924 p. 14 ss et p. 68 ss.

GOTTSCHALK : *Fehlerhafte Rechtsgeschäfte,* in AcP 1920 p. 399 ss.

— *Versteckter Dissens ; Kalkulationsirrtum ; fehlerhafte Rechtsgeschäfte,* in AcP 1929 p. 105 ss.

GRADENWITZ Otto : *Anfechtung und Reurecht beim Irrtum.* Berlin 1902.

GREVEN Wilhelm : *Das negative Vertragsinteresse.* Thèse Erlangen 1898.

GROSSEN Jacques-Michel : *La responsabilité du tiers complice de la violation d'un contrat,* in Festgabe für Wilhelm Schönenberger, Fribourg 1968, p. 121 ss.

GRUNSKY Wolfgang : *Aktuelle Probleme zum Begriff des Vermögensschadens.* Bad Homburg 1968.

GUGGENHEIM Daniel : *L'invalidité des actes juridiques en droit suisse et comparé. Essai d'une théorie générale.* Thèse Genève 1970.

GUHL Theo : *Rücktritt vom Vertrag und Schadenersatz wegen Nichterfüllung beim Verzug des Schuldners nach schweizerischem Obligationenrecht,* in Beiträge zum Handelsrecht, Festgabe für Carl Wieland, Bâle 1934, p. 134 ss (cité : Guhl, Festgabe Wieland).

HÄSEMEYER Ludwig : *Die gesetzliche Form der Rechtsgeschäfte.* Francfort a. M. 1971.

HAEUSLER Walter : *Die Haftung des Bürgen für den aus dem Dahinfallen des Vertrages entstehenden Schaden.* Thèse Bâle 1947.

HALBEN Hermann : *Über den Schadenersatz aus nichtigen Verträgen.* Thèse Erlangen 1895.

HARTMANN Gustav : *Wort und Wille im Rechtsverkehr,* in Jherings Jb. 1882 p. 1 ss.

HARTWIEG Oskar : *Culpa in contrahendo als Korrektiv für ungerechte Verträge. Zur Aufhebung der Vertragsbindung wegen Verschuldens beim Vertragsabschluss,* in JUS 1973 p. 733 ss.

HEIM Jean-F. : *La réparation de la chose défectueuse dans la vente au détail.* Thèse Lausanne 1972.

HELDRICH Andreas : *Vergeudung von Freizeit als Vermögensschaden ?,* in NJW 1967 p. 1737 ss.

HELDRICH : *Das Verschulden beim Vertragsabschluss im klassischen römischen Recht und in der späteren Rechtsentwicklung,* in Leipziger rechtswissenschaftliche Studien, Heft 7, Leipzig 1924.

HENRICI Ernst : *Über den Irrtum bei Vertragsabschluss im schweizerischen Obligationenrecht.* Thèse Zurich 1914.

HERETH Hansjörg : *Schadensbemessung bei Entzug vom Gebrauchsvorteilen,* in NJW 1969 p. 2123 s.

HERHOLZ Felix : *Das Schuldverhältnis als konstante Rahmenbeziehung,* in AcP 1929 p. 257 ss.

HERZ Edgar : *Culpa in contrahendo nach heutigem Recht in rechtsvergleichender Darstellung.* Thèse Zurich 1936.

HILDEBRANDT Heinz : *Erklärungshaftung.* Berlin et Leipzig 1931.

HILSENRAD Arthur : *Des obligations qui peuvent naître au cours de la préparation d'un contrat (dépenses, frais, accidents, etc.).* Thèse Paris 1932.

HONEGGER Eduard : *Über das Rücktrittsrecht bei gegenseitigen Verträgen nach dem schweizerischen Obligationenrecht.* Thèse Zurich 1926.

HONSELL Heinrich : *Herkunft und Kritik des Interessebegriffs im Schadensersatzrecht,* in JUS 1973 p. 69 ss (cité : Honsell, JUS 1973).

— *Die misslungene Urlaubsreise (BGHZ 63 p. 98),* in JUS 1976 p. 222 ss (cité : Honsell, JUS 1976).

HUBER Ulrich : *Der Unfall des betrogenen Gebrauchtwagenkäufers (BGHZ 57 p. 137),* in JUS 1972 p. 439 ss.

HUBERNAGEL : *Doppelwirkungen und Konkurrenzen,* in AcP 1933 p. 205 ss.

HUPKA Joseph : *Die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht. Ein Beitrag zur Lehre von der Vertretung in Rechtsgeschäften.* Leipzig 1903.

JÄGGI Peter : *Zum Begriff der vertraglichen Schadenersatzforderung,* in Festgabe für Wilhelm Schönenberger, Fribourg 1968, p. 181 ss.

JEANPRÊTRE Raymond : *La cession de salaire,* in SJZ 63 (1967) p. 17 ss et p. 37 ss.

von JHERING Rudolf : *Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen,* in Jherings Jb. 1861 p. 1 ss.
Traduction par O. de MEULENAERE, von Jhering Rudolf, Œuvres choisies, Paris 1893, tome II, p. 1 ss.

JOST Arthur : *Vom Anwendungsbereich des Art. 107 OR,* in SJZ 45 (1949) p. 235 ss.

JUNOD Charles-André : *Force majeure et cas fortuit dans le système suisse de la responsabilité civile.* Genève 1956.

KADEN Erich Hans : *Zufall und höhere Gewalt im deutschen, schweizerischen und französischen Recht,* in Rabels Zeitschrift 1967 p. 606 ss.

KELLER Max : *Das negative Interesse im Verhältnis zum positiven Interesse.* Thèse Zurich 1949 (cité : Keller).

KIEHL : *Ansprüche des Käufers im Falle der Arglist des Bevollmächtigten des Verkäufers beim Kaufabschlusse,* in Gruchots Beiträge 1919 p. 257 ss.

— *Zu einigen Streitfragen beim Kauf und über die Haftung des Verkäufers für die Arglist seines Vermittlers sowie Vertreters bei Gelegenheit des Kaufabschlusses,* in JW 1914 p. 497 ss.

KLEIN Peter : *Zur Lehre vom sogenannten negativen Vertragsinteresse,* in DJZ 1906 p. 596.

— *Zur Lehre vom negativen Vertragsinteresse,* in Seufferts Blätter für Rechtsanwendung 1907 p. 140 ss.

KLEIN Walther Friederich : *Das negative Vertragsinteresse.* Thèse Heidelberg 1903.

KLINGMÜLLER Ernst : *Grundlagen und Methoden der Schadensberechnung.* Karlsruher Forum 1964 p. 21 ss.

KOHLER : *Über den Willen im Privatrecht,* in Jherings Jb. 1889 p. 166 ss.

KRAUS Irene et DUNZ Walter : *Haftung für schädliche Ware.* Bad Homburg 1969.

KRAUSSE : *Ersatz des negativen Schadens bei arglistiger Täuschung,* in JW 1929 p. 557 ss (cité : Krausse, JW 1929).

KRAUSSE Werner : *Die Haftung für culpa in contrahendo.* Thèse Leipzig 1937 (cité : Krausse, thèse).

KREIS Bruno Stephan : *Haftung für culpa in contrahendo.* Thèse Bâle 1946.

KRON Miron : *Wille und Vertrauensschutz beim Vertragsabschluss.* Thèse Zurich 1928.

KUHLENBECK : *Zur Lehre vom sogenannten negativen Vertragsinteresse,* in DJZ 1905 p. 1142 ss.

KUNZE Otto : *Tarifvertragliche Abschlussverbote,* in BB 1953 p. 58 ss.

LANGE Heinrich : *Die Neugestaltung der Anfechtung und das Vertragsverhältnis,* in Jherings Jb. 1941 p. 277 ss.

LARENZ Karl : *Nutzlos gewordene Aufwendungen als erstattungsfähige Schäden,* in Festgabe Karl Oftinger, Zurich 1969, p. 151 ss (cité : Larenz, Festgabe Oftinger).

— *Culpa in contrahendo, Verkehrssicherungspflicht und sozialer Kontakt,* in MDR 1954 p. 515 ss (cité : Larenz, MDR 1954).

— *Bemerkungen zur Haftung für culpa in contrahendo,* in Festschrift für Kurt Ballerstedt, Berlin 1975, p. 397 ss (cité : Larenz, Festschrift Ballerstedt).

LAZAR Berthold : *Die Vorbereitung zu einer Leistung.* Thèse Erlangen 1916.

LEGROS Albert : *Essai d'une théorie générale de la responsabilité en cas de nullité des contrats.* Thèse Dijon 1900.

LEHNSEN : *Der Umfang des Vertrauensinteresses,* in DJZ 1912 p. 1404 s.

LEMP Paul : *Schadenersatz wegen Nichterfüllung als Folge des Schuldnerverzuges.* Thèse Berne 1939.

LENT Friedrich : *Anfechtung wegen Irrtums über die Kreditwürdigkeit des Gemeinschuldners,* in JR 1957 p. 284 ss.

LEONHARD Franz : *Verschulden beim Vertragsschlusse.* Berlin 1910 (cité : Leonhard).

LEONHARD Rudolf : *Beiträge zur Irrtumslehre,* in DJZ 1905 p. 20 ss.

LEVY Ernst : *Der Umfang des Vertrauensinteresses,* in JW 1922 p. 1313.

LIEB Manfred : *Nutzungsmöglichkeiten als Gegenstand von Bereicherungsansprüchen,* in NJW 1971 p. 1289 ss.

LIEBS Detlef : *Fahrlässige Täuschung und Formularvertrag,* in AcP 1974 p. 26 ss.

LILIE Franz : *Schadensersatz bei unwirksamen Verträgen nach dem BGB unter Berücksichtigung des Gemeinen Rechts.* Thèse Erlangen 1898.

LORENZ Werner : *Das Problem der Aufrechterhaltung formnichtiger Schuldverträge,* in AcP 1957 p. 381 ss (cité : Lorenz, AcP 1957).

— *Rechtsfolgen formnichtiger Schuldverträge (BGH, NJW 1965 p. 812),* in JUS 1966 p. 429 ss (cité : Lorenz, JUS 1966).

MANIGK Alfred : *Das Wesen des Vertragsschlusses in der neueren Rechtsprechung. Beiträge zur Lehre vom Konsens und Dissens,* in Jherings Jb. 1925 p. 127 ss.

MARCUSEN Woldemar : *Das negative Vertragsinteresse im schweizerischen Obligationenrecht und im deutschen Entwurf,* in ZBJV 1890 p. 121 ss.

MARTIN Alfred : *Des dommages-intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation,* in ZSR 1914 p. 67 ss (cité : Martin, ZSR 1914).

MATTHIESSEN : *Zur Rechtsprechung des RG über Schadensersatz wegen arglistiger Täuschung,* in JW 1908 p. 60 ss.

MAZEAUD Henri : *Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle,* in Rev. trim. 1929 p. 551 ss.

MEDICUS Dieter : *Grenzen der Haftung für culpa in contrahendo,* in JUS 1965 p. 209 ss (cité : Medicus, JUS 1965).

— *Id quod interest. Studien zum römischen Recht des Schadensersatzes.* Cologne 1962 (cité : Medicus, *Id quod interest*).

MEIER-HAYOZ Arthur : *Das Vertrauensprinzip beim Vertragsabschluss. Ein Beitrag zur Lehre von der Auslegung und den Mängeln des Vertragsabschlusses beim Schuldvertrag.* Thèse Zurich 1948.

MEIGNIÉ Maurice : *Responsabilité et contrat.* Thèse Lille 1924.

MELLIGER Caspar : *Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen Verträgen.* Thèse Zurich 1898.

MERTENS Hans Joachim : *Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht.* Stuttgart/Berlin 1967.

MERZ Hans : *Die Revision der Verträge durch den Richter,* in ZSR 1942 p. 393 a ss (cité : Merz, ZSR 1942).

— Compte rendu de l'ouvrage de Piotet, *Culpa in contrahendo et responsabilité précontractuelle en droit privé suisse,* in ZBJV 1968 p. 491 s. (cité : Merz, ZBJV 1968).

MEYER Alfred : *Der Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen in verschiedenen zivilrechtlichen Tatbeständen.* Thèse Bâle 1946.

MEYER-WILD : *Über die abstrakte Schadensberechnung beim Kauf,* in SJZ 15 (1918/1919) p. 339 ss.

MÖLLER Hans : *Summen- und Einzelschaden.* Hambourg 1937.

MOMMSEN Friedrich : *Zur Lehre von dem Interesse.* Braunschweig 1855.

MOREL René Lucien : *Du refus de contracter opposé en raison de considérations personnelles,* in Rev. trim. 1908 p. 289 ss.

MÜLLER-STOY Walter : *Schadensersatz für verlorene Chancen.* Thèse Fribourg en Brisgau 1973.

NERSON Roger : *La volonté de contracter,* in Mélanges Roger Secrétan, Montreux 1964, p. 209 ss.

NEUMAYER Karl : *Vertragsschluss durch Kreuzofferten ?,* in Festschrift für Otto Riese, Karlsruhe 1964, p. 309 ss.

NEUNER Robert : *Interesse und Vermögensschaden,* in AcP 1931 p. 277 ss.

NEUWALD Jost : *Der zivilrechtliche Schadensbegriff und seine Weiterentwicklung in der Rechtsprechung.* Thèse Munich 1968.

NIERMANN Bernhard : *Die gemeinrechtliche Lehre vom negativen Vertragsinteresse und ihre Ausgestaltung im BGB.* Thèse Heidelberg 1908.

NIPPERDEY Hans Carl : *Formmängel, Vertretungsmängel, fehlende Genehmigung bei Rechtsgeschäften der öffentlichen Hand und Treu und Glauben,* in JZ 1952 p. 577 ss (cité : Nipperdey, JZ 1952).

— *Faktische Vertragsverhältnisse,* in MDR 1957 p. 129 s. (cité : Nipperdey, MDR 1957).

NIRK Rudolf : *Rechtsvergleichendes zur Haftung für culpa in contrahendo,* in Rabels Zeitschrift 1953 p. 310 ss (cité : Nirk, Rabels Zeitschrift).

— *Culpa in contrahendo,* in Festschrift für Möhring, Berlin/Munich 1965, p. 385 ss (cité : Nirk, Festschrift Möhring).

OERTMANN Paul : *Entschädigung für Projektarbeiten,* in DJZ 1908 p. 455 ss (cité : Oertmann, DJZ 1908).

— *Ein Beitrag zur Frage der Haftung für Verschulden beim Vertragsschlusse, insbesondere für Verschulden des Bestellers beim Abschlusse des Werkvertrages,* in LZ 1914 p. 513 ss (cité : Oertmann, LZ 1914).

— *Arglistige Herbeiführung der Formnichtigkeit,* in Recht 1914 p. 8 ss (cité : Oertmann, Recht 1914).

— *Bereicherungsansprüche bei nichtigen Geschäften,* in DJZ 1915 p. 1063 ss (cité : Oertmann, DJZ 1915).

— Note à l'arrêt RGZ 95 p. 58, in JW 1919 p. 35 (cité : Oertmann, JW 1919 p. 35).

— *Noch einmal die Bereicherungsansprüche aus nichtigen Geschäften,* in Recht 1919 p. 329 ss (cité : Oertmann, Recht 1919).

— *Bemerkungen zur Frage der Haftung bei einem wegen Missverständnis nicht zustande gekommenen Vertrage (RGZ 104 p. 265 ss),* in AcP 1923 p. 122 ss (cité : Oertmann, AcP 1923).

PATRY Robert : *Le principe de la confiance et la formation du contrat en droit suisse.* Thèse Genève 1953.

PERRIN Jean-François : *Le contrat d'architecte.* Genève 1970.

— *La limitation de la responsabilité contractuelle en droit suisse,* in SJ 1973 p. 209 ss (cité : Perrin, SJ 1973).

PETERSEN Lorenz : *Über den Schadensersatz bei nichtigen Verträgen nach dem gemeinen Recht und nach dem BGB.* Thèse Erlangen 1897.

PIEPER Helmut : *Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung,* in JUS 1962 p. 409 ss et 459 ss.

PIETZKER Ed. : *Kondiktion und Anfechtung,* in JW 1920 p. 486 ss.

PIOTET Paul : *La formation du contrat en doctrine générale et en droit privé suisse.* Berne 1956 (cité : Piotet, *Formation du contrat*).

— *Note sur les conséquences de la lésion,* in JdT 1958 I p. 535 ss (cité : Piotet, JdT 1958 I).

— *De l'invalidité partielle des actes juridiques, spécialement en cas de vice du consentement,* in ZSR 1957 I p. 97 ss (cité : Piotet, ZSR 1957 I).

— *Le complément judiciaire du contrat,* in ZSR 1961 I p. 367 ss (cité : Piotet, ZSR 1961 I).

— *Culpa in contrahendo et responsabilité précontractuelle en droit privé suisse.* Berne 1963 (cité : Piotet, *Culpa*).

— *Nature et modalités de la responsabilité précontractuelle,* in ZSR 1975 I p. 253 ss (cité : Piotet, ZSR 1975 I).

PLASSMANN Norbert : *Ein Beitrag zur Lehre von der Anfechtung wegen Irrtums,* in JR 1948 p. 209 ss.

RABEL Ernst : *Der Vertrauensschaden im schweizerischen Recht,* in ZSR 1908 p. 291 ss.

RADOUANT Jean : *Les dommages-intérêts dus par le vendeur dans la garantie des vices cachés de la chose en droit français,* in Mélanges Roger Secrétan, Montreux 1964, p. 241 ss.

RAISER Rolf : *Schadenshaftung bei verstecktem Dissens,* in AcP 1927 p. 1 ss.

RAPPOLD Niklaus : *Der Irrtum über die Grundlage eines Vertrages im schweizerischen Obligationenrecht.* Thèse Zurich 1927.

REGELSBERGER F. : Compte rendu de l'ouvrage de Wellspacher, *Das Vertrauen auf äussere Tatbestände im Bürgerlichen Recht* (1906), in Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 1907 p. 284 ss.

REICHEL Hans : *Ungerechtfertigte Bereicherung bei vollmachtlosen Vertragsschluss,* in SJZ 16 (1919/1920) p. 37 ss (cité : Reichel, SJZ 16 [1919/1920]).

— *Zur Behandlung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte,* in AcP 1909 p. 1 ss (cité : Reichel, AcP 1909).

REINICKE Dietrich : *Rechtsfolgen formwidrig abgeschlossener Verträge.* Berlin/Zurich 1969 (cité : Reinicke, *Rechtsfolgen*).

— *Formmangel und Verschulden beim Vertragsabschluss,* in DB 1967 p. 109 ss (cité : Reinicke, DB 1967).

Reinicke G. und D. : *Formvorschrift, Treu und Glauben und Schadensersatz,* in MDR 1954 p. 641 ss (cité : Reinicke, MDR 1954).

RICHTER Hermann : *Schadensersatz bei Verschulden gelegentlich der Vertragsverhandlungen,* in JW 1921 p. 664 s.

RIEHL J. : *Die Arglist beim Vertragsschluss unter besonderer Berücksichtigung der Arglist des Vertreters,* in Gruchots Beiträge 1916 p. 790 ss et p. 897 ss.

RIEZLER : *Zur Begrenzung des negativen Vertragsinteresses,* in DJZ 1912 p. 1176 ss.

ROUBIER Paul : *La responsabilité précontractuelle.* Thèse Lyon 1911.

ROUX Paul : *Des dommages-intérêts pour nullité du contrat.* Thèse Paris 1901.

RUBINSTEIN Eugen : *Die Berechnung des Verspätungsschadens. Ein Beitrag zur Auslegung des Art. 107 OR,* in SJZ 44 (1948) p. 272 ss.

RUSCONI Baptiste : *Le préjudice automobile.* Fribourg 1966.

SALEILLES Raymond : *De la responsabilité précontractuelle ; à propos d'une étude nouvelle sur la matière,* in Rev. trim. 1907 p. 697 ss.

SALINGER : *Zur Frage des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung,* in LZ 1916 p. 295 ss.

SCHENK Eva : *Das negative Vertragsinteresse.* Thèse Breslau 1926.

SCHERRER Karl : *Das negative Vertragsinteresse als Schadenersatz aus unwirksamen Verträgen.* Thèse Zurich 1928.

SCHLÄPFER Hans U. : *Die Ungültigkeit obligatorischer Verträge handlungsunfähiger Personen.* Thèse Berne 1918.

SCHMIDLIN Bruno : *Das Vertrauensprinzip und die Irrtumslehre im deutschen und schweizerischen Recht,* in ZSR 1970 I p. 225 ss.

SCHMIDT Eike : Introduction à von Jhering Rudolf, *Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen,* réédition, Tübingen 1969 (cité : E. Schmidt, *Culpa*).

— *Der Begriff des Vermögensschadens,* in Athenäum Zivilrecht I, Grundlagen des Vertrags- und Schuldrechts, Francfort a. M. 1972 (cité : E. Schmidt, *Begriff des Vermögensschadens*).

SCHMIDT Rudolf : *Anfechtungsrecht wegen Eigenschaftsirrtums und Wandelungsanspruch beim Kauf in ihrem Verhältnis zueinander.* Thèse Bonn 1910.

SCHMITZ Günther : *Grundfälle zum Recht der Leistungsstörungen,* in JUS 1973 p. 567 ss.

SCHNEIDER : *Das Verhältnis zwischen Anfechtung eines Kaufes wegen Irrtums über Sachmängel und zwischen Wandelung,* in AcP 1905 p. 142 ss.

SCHÖLLER W. : *Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem BGB,* in Gruchots Beiträge 1900 p. 603 ss ; 1901 p. 511 ss ; 1902 p. 1 ss et p. 253 ss.

SCHÖNWALD Walter : *Verschulden beim Vertragsabschluss.* Thèse Breslau 1926.

SCHOLZ Walter : *Verschulden beim Vertragsabschluss.* Thèse Göttingen 1930.

SCHÜRMANN Leo : *Mäklervertrag und culpa in contrahendo,* in SJZ 51 (1955) p. 240 ss.

SCHULTZ Karl : *Über die Schadensberechnung beim Kauf,* in SJZ 14 (1918) p. 201 ss.

SCHWANDER Werner : *Die Verjährung ausservertraglicher und vertraglicher Schadenersatzforderungen.* Thèse Fribourg 1963.

SCHWEIZER : *Zum Rücktrittsrecht des Verkäufers,* in SJZ 9 (1912) p. 101.

SCHWENN Hermann : *Die Gefahrtragung beim Rücktritt,* in AcP 1952/1953 p. 138 ss.

SECRÉTAN Roger : *Des droits du vendeur contre l'acheteur en demeure, et en particulier de la théorie dite de la différence, appliquée aux ventes non commerciales,* in JdT 1947 I p. 34 ss (cité : Secrétan, JdT 1947 I).

— *Evolution récente du problème des risques de la chose vendue,* in Recueil de travaux publié à l'occasion du cinquantenaire de l'Ecole des HEC, Lausanne 1961, p. 197 ss (cité : Secrétan, *Evolution récente du problème des risques).*

SIMONIUS August : *Über den Ersatz des « aus dem Dahinfallen des Vertrages » erwachsenen Schadens,* in ZSR 1918 p. 225 ss (cité : Simonius, ZSR 1918).

— *Wandlung der Irrtumslehre in Theorie und Praxis,* in Festgabe Goetzinger, Bâle 1935, p. 240 ss.

— *Über die Bedeutung des Vertrauensprinzips in der Vertragslehre,* in Festgabe der Basler Juristenfakultät zum schweizerischen Juristentag, Bâle 1942, p. 233 ss (cité : Simonius, *Die Bedeutung des Vertrauensprinzips*).

— *Quelques observations sur le rôle de la doctrine dans l'application des dispositions générales du Code des obligations,* in SJ 1949 p. 201 ss (cité : Simonius, SJ 1949).

— *Du principe de la confiance et des dérogations qu'il subit dans le droit suisse,* in SJ 1949 p. 505 ss (cité : Simonius, SJ 1949).

STARK Emil : *Die Übervorteilung (Art. 21 OR) im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung,* in Stabilité et dynamisme du droit dans la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse, Bâle 1975, p. 377 ss.

STEINBERG Wilhelm : *Haftung für culpa in contrahendo.* Bonn 1930.

STOLL Heinrich : *Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen,* in LZ 1923 p. 532 ss (cité : Stoll, LZ 1923).

— Note à l'arrêt du RG paru dans JW 1927 p. 1086 N° 4, in JW 1927 p. 1086 (cité : Stoll, JW 1927).

— *Rücktritt und Schadensersatz,* in AcP 1929 p. 141 ss (cité : Stoll, AcP 1929).

— Critique de l'ouvrage de Hildebrandt, *Erklärungshaftung,* Berlin et Leipzig 1931, in JW 1933 p. 34 ss (cité : Stoll, JW 1933).

STUDER Max : *Zur Frage der Abtretbarkeit künftiger Forderungen,* in Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs 1955 p. 129 ss.

TAMBURRINO Giuseppe : *Der Begriff des Vermögensschadens im italienischen Recht,* in Hefte der Vereinigung für Gedankenaustausch zwischen deutschen und italienischen Juristen, Karlsruhe 1973, p. 11 ss.

TANDOGAN Haluk : *La nullité, l'annulation et la résiliation partielles des contrats. Contribution à l'étude de l'inefficacité partielle des actes juridiques.* Thèse Genève 1952 (cité : Tandogan, thèse).

— *Rapport sur les différentes catégories d'inexécution des obligations conventionnelles et les sanctions qui y sont attachées en droit turco-suisse,* in Travaux de l'association Henri Capitant, tome 17, Paris 1964, p. 105 ss (cité : Tandogan, *Rapport*).

— *La réparation du dommage causé à un tiers,* in Mélanges Roger Secrétan, Montreux 1964, p. 305 ss.

TASCHE : *Vertragsverhältnis nach nichtigem Vertragsschluss ?,* in Jherings Jb. 1942 p. 101 ss.

THILO Emile : *De la révision du contrat par le juge,* in SJZ 33 (1936/1937) p. 260 ss. (cité : Thilo, SJZ 33 [1936/1937]).

— *Clausula rebus sic stantibus. De la révision des contrats pour cause d'imprévision,* in JdT 1937 I p. 66 ss (cité : Thilo, JdT 1937 I).

THON August : *Die Haftpflicht des Offerenten bei Widerruf seiner Offerte,* in AcP 1893 p. 63 ss.

THORENS Justin : *Le dommage causé à un tiers.* Thèse Genève 1962.

TITZE Heinrich : *Die Unmöglichkeit der Leistung nach dem Bürgerlichen Recht.* Leipzig 1900 (cité : Titze, *Unmöglichkeit*).

— *Verschulden beim Vertragsschluss,* in Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, volume 6, Berlin et Leipzig 1929, p. 516 ss (cité : Titze, *Handwörterbuch*).

— Compte rendu de l'ouvrage de Steinberg, *Haftung für culpa in contrahendo,* Bonn 1930, in JW 1931 p. 512 s. (cité : Titze, JW 1931).

Tobler Hans : *Zur Behandlung des Irrtums im revidierten Obligationenrecht,* in SJZ 8 (1912) p. 363 ss.

von Tuhr Andreas : *Über die Mängel des Vertragsabschlusses nach schweizerischem OR,* in ZSR 1896 p. 278 ss ; ZSR 1897 p. 1 ss ; ZSR 1898 p. 1 ss (cité : von Tuhr, ZSR 1896, 1897, 1898).

— *Verfügung über künftige Forderungen,* in DJZ 1904 p. 426 ss (cité : von Tuhr, DJZ 1904).

— Critique de l'ouvrage de H. A. Fischer, *Der Schaden nach dem BGB,* 1903, in Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 1907 p. 63 ss (cité : von Tuhr, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 1907).

— *Zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung,* in Festgabe E. J. Bekker, Weimar 1907, p. 291 ss (cité : von Tuhr, Festgabe Bekker).

— *Abtretung künftiger Forderungen,* in Bankarchiv VII (1907/1908) p. 277 ss (cité : von Tuhr, Bankarchiv).

— *Streifzüge im revidierten Obligationenrecht,* in SJZ 18 (1921/1922) p. 365 ss, p. 383 ss (cité : von Tuhr, SJZ 18 [1921/1922]).

— *Schadenersatz bei Dissens,* in AcP 1923 p. 359 ss (cité : von Tuhr, AcP 1923).

Voser Fritz : *Der Schuldnerverzug im schweizerischen Obligationenrecht.* Thèse Zurich 1914.

Waldeyer Hans-Wolfgang : *Vertrauenshaftung kraft Anscheinsvollmacht bei anfechtbarer und nichtiger Bevollmächtigung.* Thèse Münster 1969.

Weigelin : *Ein Beitrag zur Lehre von der Anfechtung wegen Irrtums,* in JR 1947 p. 108 ss.

Weimar Wilhelm : *Verschulden beim Vertragsschluss bei Geschäftsräumen und Gaststätten,* in MDR 1967 p. 459 ss.

Weinberg : *Der Ersatz des negativen Interesses nach Bürgerlichem Recht.* Thèse Rostock 1903.

Weissenbach Walther : *Die Schadenersatzpflicht aus Verträgen nach dem schweizerischen Obligationenrecht.* Thèse Zurich 1900.

Weitnauer Hermann : *Der arglistig getäuschte Käufer,* in NJW 1970 p. 637 ss.

Werner : *Die Schadensberechnung bei arglistiger Verleitung zum Vertragsschlusse,* in Recht 1905 p. 303 ss.

Westrum : *Über die Rechtslage bei arglistiger Täuschung,* in JW 1907 p. 39 s.

Weyers Hans Leo : *Der Begriff des Vermögensschadens im deutschen Recht,* in Hefte der Vereinigung für Gedankenaustausch zwischen deutschen und italienischen Juristen, Karlsruhe 1973, p. 37 ss.

Wieling Hans Josef : *Interesse und Privatstrafe vom Mittelalter bis zum BGB.* Cologne/Vienne 1970.

— *Synallagma bei Nichtigkeit und gesetzlichem Rücktritt,* in JUS 1973 p. 397 ss (cité : Wieling).

Wiemken Helmuth : *Rücktritt und Schadensersatz als Folgen der Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen.* Thèse Bâle 1931.

WILUTZKY : *Was gehört zum Vertrauensinteresse ?,* in Recht 1901 p. 189 ss.

WOLF Manfred : *Culpa in contrahendo,* in Athenäum Zivilrecht I, Grundlagen des Vertrags- und Schuldrechts, Francfort a. M. 1972, p. 139 ss.

YUNG Walter : *Note sur la résolution de la vente en cas de demeure de l'acheteur et ses conséquences,* in SJ 1940 p. 439 ss (cité : Yung, SJ 1940).

— *L'acceptation par le silence d'une offre de contracter,* in Mélanges Roger Secrétan, Montreux 1964, p. 339 ss (cité : Yung, Mélanges Secrétan).

— *Devoirs généraux et obligations,* in Festgabe Schönenberger, Fribourg 1968, p. 163 ss (cité : Yung, Festgabe Schönenberger).

— *Principes fondamentaux et problèmes actuels de la responsabilité civile en droit suisse,* in Etudes et articles, Genève 1971, p. 413 ss (cité : Yung, Etudes et articles).

ZEUNER Albrecht : *Schadensbegriff und Ersatz von Vermögensschäden,* in AcP 1964 p. 380 ss (cité : Zeuner, AcP 1964).

— *Gedanken zum Schadensproblem,* in Gedächtnisschrift für Rolf Dietz, Munich 1973, p. 99 ss.

TABLE DES MATIÈRES

Pages

Abréviations 7

Introduction 9

CHAPITRE PREMIER

La responsabilité précontractuelle

§ 1. *Développement de la culpa in contrahendo* 11

I. Des origines à la consécration législative 11

II. Extension du champ d'application de la culpa in contrahendo 13

A. Droit suisse 13

B. Droit allemand 14

§ 2. *Nature juridique de la responsabilité précontractuelle en droit suisse* 16

I. La doctrine postérieure à 1963 16

II. La jurisprudence postérieure à 1963 18

III. Admissibilité de la théorie délictuelle 18

IV. Vie de l'obligation : analogie avec une situation contractuelle 19

V. La loi, source du rapport juridique 21

a) Absence du vinculum juris 21

b) Fiction de l'acte juridique 22

c) L'obligation légale 23

VI. Responsabilité pour inexécution 25

VII. Application des règles contractuelles 29

§ 3. *Conséquences pratiques de la théorie quasi contractuelle* 31

I. Remarque préliminaire 31

Pages

II. Responsabilité précontractuelle des incapables 32
A. Théorie délictuelle 32
a) Personnes ayant le discernement 32
b) Incapables privés de discernement, article 18 CCS . . 33
B. Théorie quasi contractuelle 34
a) La doctrine et son erreur 34
b) Incapables ayant le discernement 36
c) Incapables privés de discernement, article 18 CCS . . 36
d) Considérations pratiques 37
e) Remarque finale 37
C. Théorie contractuelle 38

III. Preuve de la faute 38

IV. Prescription 39

V. Clauses exclusives ou limitatives de la responsabilité précontractuelle 42
a) Exonération et limitation de la responsabilité délictuelle 42
b) Exonération et limitation de la responsabilité précontractuelle 43

VI. Responsabilité précontractuelle du fait d'autrui 45
A. Etat du droit 45
B. Argumentation positive en faveur de l'article 101 CO . . 47
C. Critique des arguments de Piotet 48
a) L'article 101 CO n'est pas inapplicable 48
b) La preuve libératoire de l'article 101 CO 53

§ 4. *Limites de la responsabilité précontractuelle* 56

I. Nécessité de la délimitation 56

II. Culpa in contrahendo et liberté contractuelle 57

III. Le principe de la subsidiarité 59

IV. Culpa in contrahendo et responsabilité délictuelle 60

V. Culpa in contrahendo et responsabilité contractuelle 62
A. Approche du problème 62
B. L'idée de l'absorption et son développement 63
C. Critique de notre théorie 66

Pages

VI. Culpa in contrahendo et garantie des défauts de la chose vendue 71

VII. Conclusion 74

CHAPITRE II

La sanction de la culpa in contrahendo

§ 1. *La tendance dominante et notre opinion personnelle* 77

§ 2. *Justification de notre prise de position* 79

I. La nullité du contrat exclut l'action en réparation de l'intérêt positif 79

II. L'impossibilité de la preuve proposée par la doctrine dominante 82

§ 3. *Efficacité de l'intérêt négatif* 83

§ 4. *Limitation de la réparation de l'intérêt négatif* 86

I. La limitation concerne les dommages-intérêts et non le dommage 86

II. Carences du droit 88

III. Les partisans de la limitation et leur argument 89

IV. Rejet de la limitation 91

V. Portée des articles 26/2 et 39/2 CO 94

§ 5. *Mesure de la responsabilité* 96

I. La Zielvertragstheorie 96

II. Mesure de la faute 98

III. Contagion de la Zielvertragstheorie 100

Pages

CHAPITRE III

L'intérêt négatif considéré comme dommage

§ 1. *Intérêt négatif et inexécution du contrat* 103

I. Notion de Vertrauensschaden 103

II. L'intérêt négatif de l'article 109 CO 105

A. Critique de la doctrine 106

B. Critique de la jurisprudence 108

III. Nature juridique de l'action en réparation de l'intérêt négatif 109

IV. Prescription de l'action en réparation de l'intérêt négatif . . 111

A. Délai applicable 111

B. Point de départ de la prescription 112

V. Clauses limitatives de responsabilité 113

§ 2. *La réparation du dommage* 116

I. La conception classique et dominante 116

II. La dissociation du damnum emergens et du lucrum cessans dans l'intérêt négatif 118

III. Critique de la théorie de la différence 123

A. Choix du point de référence 123

B. Difficultés de la théorie de la différence 124

C. Causalité hypothétique 126

D. Conclusion 128

CHAPITRE IV

Contenu de l'intérêt négatif

Remarque préliminaire 131

§ 1. *La réparation du dommage survenu par cas fortuit* 132

I. Le voisin immédiat de l'intérêt négatif 132

II. Rôle de la prestation et de la contre-prestation dans l'exercice de la condictio 135

A. La Saldotheorie 136

B. La Zweikondiktionentheorie 138

Pages

C. Portée de la controverse 141
D. Critique et rejet de la Saldotheorie 142
E. Lacunes de la condictio. Nécessité d'un correctif . . . 145
III. Extension de la responsabilité pour intérêt négatif à la réparation du dommage survenu par cas fortuit 146
A. Trois cas pratiques 146
B. Intérêt négatif et cas fortuit : le fondement de la responsabilité 149
C. Remarques finales 152

§ 2. *Les composantes du damnum emergens* 153
I. La récupération de la prestation fournie par le créancier au débiteur de l'intérêt négatif 153
II. Les dépenses engagées inutilement 154
III. L'intérêt fondé sur la responsabilité du créancier 157
IV. Les frais de procès 158
V. Limite des frais engagés en pure perte et calcul de l'intérêt négatif 160
A. Limite temporelle de l'intérêt négatif 160
B. Autres limites de la responsabilité à raison de l'intérêt négatif 163

§ 3. *La réparation du gain manqué* 165
I. Les occasions perdues 166
II. La perte des intérêts 169
III. Opération de couverture et calcul abstrait du dommage . . 171

§ 4. *La perte de l'usage de la chose* 173
I. L'importance du problème dans le cadre de l'intérêt négatif . 173
II. Le préjudice d'immobilisation 175
III. Perte de l'usage de la chose et intérêt négatif : esquisse d'une solution 177

Conclusion 181

Bibliographie 183

Table des matières 199

Achevé d'imprimer
sur les presses de l'Imprimerie Vaudoise
à Lausanne
en avril mil neuf cent soixante-dix-sept

Imprimé en Suisse